

ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 73

Enero-Abril 2009



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos. Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo

(Presidente)

Manuel García León, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla

José A. Soriano Cabrera, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública

Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional

Sebastián Cano Fernández, Viceconsejero de Educación

Francisco del Río Muñoz, Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo

Luis Enrique Flores Domínguez, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo

Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

Antonio Moreno Andrade, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

José Ortíz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo

M^a. Genma Pérez Naranjo, Directora General de Modernización e Innovación de los Servicios Públicos

Rafael Puyá Jiménez, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo

Manuel de la Plata Rodríguez, Director General de la Función Pública

José Vallés Ferrer, Catedrático de Política Económica

José Antonio Vïboras Jiménez, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía

Manuel Zafra Víctor, Director General de la Administración Local

Director:

Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretaria:

Concepción Barrero Rodríguez, Catedrática de Derecho Administrativo

Consejo de Redacción:

Francisco Escribano López, Catedrático de Derecho Financiero

José Luis Rivero Isern, Catedrático de Derecho Administrativo

José I. López González, Catedrático de Derecho Administrativo

Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Administrativo

José I. Morillo-Velarde Pérez, Catedrático de Derecho Administrativo

Javier Barnés Vázquez, Catedrático de Derecho Administrativo

Manuel Medina Guerrero, Catedrático de Derecho Constitucional

Jesús Jordano Fraga, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Avda. del Cid s/n. 41004 Sevilla

Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias de Administración Públicas

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (4 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Avda. Ramón y Cajal nº 35

41071 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

<i>Eduardo García de Enterría</i> La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa	11
<i>Alfonso Pérez Moreno</i> Metodología Jurídica	27
<i>Francisco López Menudo</i> Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía	71
<i>Juan Antonio Carrillo Donaire</i> Informe Andalucía 2008	191

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario sobre las Sentencias del Tribunal Supremo relativas a la polémica asignatura Educación para la Ciudadanía (Carmen Carretero Espinosa de los Monteros)	227
La Sentencia de 28 de enero de 2009 del Tribunal Supremo sobre el silencio administrativo en las licencias urbanísticas (M ^a del Carmen Ortiz de Tena)	265

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución. II. Derechos y Libertades. III. Principios Jurídicos Básicos. IV. Instituciones de Estado. V. Fuentes. VI. Organización Territorial del Estado. VII. Economía y Hacienda. (<i>Francisco Escribano López</i>)	279
---	-----

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

I. Acto Administrativo.- II. Administración Local. III. Administración Pública. IV. Bienes Públicos. V. Comunidades Autónomas. VI. Contratos. VII. Corporaciones de Derecho Público. VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico. IX. Derecho Administrativo Económico. X. Derecho Administrativo Sancionador. XI. Derechos Fundamentales y Libertades. XII. Expropiación Forzosa. XIII. Fuentes.	
XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. XVI. Medio Ambiente. XVII. Organización. XVIII. Personal. XIX. Procedimiento Administrativo. XX. Responsabilidad. XXI. Salud y Servicios Sociales. XXII. Urbanismo y Vivienda.	
Tribunal Supremo (<i>José I. López González</i>)	315
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	331

CRÓNICA PARLAMENTARIA

(<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	369
-----------------------------------	-----

DOCUMENTOS

El Plan de Emergencia ante el riesgo de contaminación del litoral en Andalucía (<i>M^a Remedios Zamora Roselló</i>)	387
El ámbito subjetivo de aplicación del Régimen de Incompatibilidades del personal al servicio de las Fundaciones (<i>Manuel Mesa Vila</i>)	417

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas.	429
Disposiciones Estatales.	463
Disposiciones Generales de las Comunidades Autónomas.	465
Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía.	477
Índice Analítico	485
<i>(Lucía Millán Moro)</i>	
<i>(Antonio Jiménez Blanco)</i>	
<i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES: La seguridad de los productos de consumo en Andalucía. (Decreto 5/2009, de 13 de Enero)	501
---	-----

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i> <i>(Carmen Núñez Lozano)</i>	513
--	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	519
------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

BARRERO RODRÍGUEZ, C; Fuerza mayor
y responsabilidad administrativa extracontractual.
Ed. Aranzadi, 2009, 219 págs.
(*Concepción Horgué Baena*)

529

ESTUDIOS



La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa

Eduardo García de Enterría

Catedrático de Derecho Administrativo

Resumen:

El estudio analiza el origen y evolución de la justicia administrativa con especial incidencia en el papel desempeñado por el Consejo de Estado y en las transformaciones que se producen en Francia como consecuencia de un conjunto de Leyes dictadas en los últimos años del siglo XX finalmente ordenadas en un novedoso Código de la Justicia Administrativa y que afectan de manera sustancial a la tutela cautelar y al valor de las sentencias estimatorias de los recursos. Igualmente constata la generalización del control de la jurisdicción contencioso-administrativa en toda Europa.

Abstract: The study analyses the origin and development of administrative justice, with special emphasis on the role played by the Council of State and on the changes that arise in France as a result of the laws passed at the end of the twentieth century to finally organize an innovative Code for Administrative Justice. This substantially affected precautionary protection and the value of the final rulings on appeals. Similarly, it states the generalisation of reinforced control on behalf of administrative contentious proceedings throughout Europe.

Palabras clave:

Ley, legalización del poder, control judicial de la actuación administrativa, tutela cautelar, valor de las sentencias estimatorias de los recursos.

Key words: Law, legalisation of power, judicial control of administrative proceedings, precautionary protection, value of final rulings on appeals.

Excmo. Sr. D. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Sevilla.

Excmos. Sres. Académicos

Sras y Sres.

Mis primeras palabras deben de expresar mi gratitud profunda y emocionada por el altísimo honor que me habéis conferido con el nombramiento de Académico de honor de esta prestigiosa e histórica Real Academia Sevillana.

Pienso que es, evidentemente, obra del afecto de tantos académicos amigos y colegas que aquí tengo. Pero para mí, que vengo de los rudos y lejanos montes cántabros, significa, al lado del honor académico, la singularidad de hacerme casi un sevillano de adopción, la de formalizar, pues, casi un *status* de andaluz, siquiera sea honorario. Soy uno más de los hombres de la dura España del norte que estamos seducidos y ganados por esta tierra andaluza y por esta prodigiosa y mágica ciudad. Pienso que tengo ya desde ahora, por generosidad vuestra, un vínculo moral que de algún modo me vincula formalmente a este lugar fascinante y mágico que es Sevilla.

Aunque el honor me ha sido conferido formalmente por la Corporación, me atrevo a imaginar que en su seno ha actuado de forma cualificada mi admirado colega, el Profesor Manuel Clavero Arévalo, [que ahora ha hecho ante Vds. lo que es una verdadera “Laudatio”], un hombre clave no sólo en Sevilla y en toda Andalucía, sino también en el nuevo Derecho Administrativo surgido a mitad del siglo XX y cuyo órgano más relevante sería la “Revista de Administración Pública”, que ha cumplido ya 60 años, casi los de su condición de Catedrático de Derecho Administrativo, que ganó con una sorprendente juventud, que veo con placer que mantiene íntegra.

!Muchas gracias a todos los miembros de esta vivísima Real Academia sevillana!

Para aportar una respuesta adecuada a este acto académico voy a exponer a continuación una pequeña reflexión sobre un tema de actualidad para los iuspublicistas, el asombroso salto cualitativo que en este cambio de siglo XX–XXI ha venido a experimentar el sistema específico de garantías de los derechos ciudadanos que es la jurisdicción contencioso–administrativa en toda Europa.

Uno de los más grandes y duraderos legados de la Revolución Francesa fue, sin duda, la implantación resuelta y rigurosa del principio de legalización general de la Administración y de toda su actuación. En la primera de las

Constituciones revolucionarias, la de 1791 (art. 4 de la Sección II del Capítulo IV del Título III –la numeración de los artículos no es sucesiva en esta Constitución, sino propia de cada uno de sus varios títulos, capítulos y secciones) dice:

“Pertenece al poder legislativo determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones”.

“No hay en Francia autoridad superior a la Ley. El Rey no reina más que por ella y no es sino en nombre de la Ley como puede exigir obediencia”.

Y precisa en el art. 4º, Sección 2ª del Capítulo IV del Título III como una de las funciones del poder legislativo es la de “determinar las reglas y el modo de sus funciones [de los administradores]... sobre todas las partes de la Administración interior”.

La justicia administrativa fue una más de las grandes innovaciones institucionales introducidas por la Revolución Francesa, que, como tantas otras, fue puesta a punto por su principal ejecutor testamentario, Napoleón Bonaparte.

Fue una creación jurídica enteramente nueva, que carecía de raíces en los grandes fundamentos históricos en que hasta entonces se había arraigado todo el Derecho europeo (Derecho Romano, Derecho Germánico, *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes). Surge súbitamente en la Revolución en el mismo año 1789, en que comienza su formidable innovación, se afirma y madura a lo largo del Siglo XIX y conoce un espectacular despliegue a lo largo del XX, presentándose ahora, recién inaugurado el siglo XXI, tras las reformas generalizadas en el último cambio de siglo y comienzos del actual, como una pieza central del orden democrático sustantivo, lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho.

La justicia administrativa aparece como algo nuevo que pone en pie la Revolución Francesa para intentar hacer real, con una sorprendente lucidez y resolución, uno de los principios básicos formulados por Locke y por Rousseau, “poner a la Ley por encima del hombre”. Nadie puede ejercer el poder en una sociedad de hombres libres si no es en virtud de la Ley, dijo Rousseau: “Un pueblo libre obedece pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las Leves, pero nada más que a las Leves, y es por la fuerza de las Leves por lo que no obedece a los hombres”.

Y concluye Rousseau este pasaje capital de sus Lettres écrites de la Montagne:

“Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leves, reina o perece con ellas: yo no sé nada que sea más cierto”.

Esta idea esencial pasará a la capital Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la que se inaugura significativamente la obra jurídica de la Revolución Francesa. El art. 5^a de esta Declaración proclama:

“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena”.

Y en el art. 7^o, a propósito del poder punitivo, establece el principio básico de que “nadie puede ser juzgado ni condenado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe”, para concluir:

“sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante”.

Todos estos principios producen el impresionante fenómeno histórico, completamente decisivo para entrar en la modernidad, de la legalización general del poder y de la obediencia, lo que será llamado expresivamente “el reino de la Ley” (expresión que se inscribirá en las primeras monedas revolucionarias).

Toda la tradición que había precedido ese momento revolucionario consideraba al aparato administrativo como un simple instrumento personal del monarca, el cual monopolizaba además el poder legislativo, aunque él mismo se proclamase legibus solutus, absuelto, libre de la Ley, que él podía utilizar para quebrantar derechos anteriores y otorgar exenciones, para crear nuevo Derecho, sin límites jurídicos efectivos.

La Revolución opera así uno de sus capitales cambios en el sistema jurídico: la Ley deja de ser un simple instrumentum regni, con el que el Príncipe podía quebrantar cualquier derecho de sus súbditos, según se había entendido hasta entonces, y pasa a ser ahora precisamente el instrumento que define y delimita la extensión y el contenido del propio poder real o del ejecutivo, en la nueva terminología impuesta por el principio de la división de poderes. La

Administración va a pasar ahora a ser, en virtud también de ese capital principio de división de los poderes, que proclamó el art. 16 de la misma Declaración de Derechos del Hombre, una organización llamada a la ejecución de la Ley, la cual previamente ha determinado su organización, su competencia, los objetivos de su actuación, los límites concretos de su poder.

Este sometimiento de la Administración a la Ley para ser efectivo necesitará de una garantía eficaz. El propio Rousseau, después de haber proclamado, como ya hemos visto, el principio básico de sometimiento de toda la actuación del Estado a la legalidad, añade:

“no habrá libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según sus fantasías, pues podría ejecutar como Leves sus voluntades más tiránicas”.

Por ello, la Declaración de Derechos de 1789, que inaugura la obra jurídica de la Revolución Francesa, en su art. 15, se ve obligada a establecer rotundamente el capital principio de la responsabilidad política y personal de todos cuantos ejerciesen un poder político, en estos términos:

“La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración”.

El art. 16 de la Declaración subraya el carácter esencial del principio (subrayando su significación con el dogmático y capital principio de división de los poderes):

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

Ese aseguramiento de los derechos exige, pues, una “dación de cuenta” de los agentes, lo que hace que éstos no sean ya más propietarios de sus oficios, como ocurría en el Antiguo Régimen. Pasarán a ser ahora, como explicó Locke, *trustees*, ligados por un *trust* o relación de confianza con el pueblo, ante el cual deberán responder (la palabra “responsabilidad” surge con ese sentido de dación de cuenta justo en el momento mismo de la Revolución en todas las lenguas).

Como ya vimos más atrás, con la Constitución de 1791, la primera de los revolucionarios franceses, se precisa que:

“Pertenece al poder legislativo [esto es, a la Ley] determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones”.

Y en el art. 3º, Sección Primera, capítulo II, título III:

“No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir la obediencia”.

Se hace aquí visible el momento fundacional del moderno Derecho Público, fundamentado en la resuelta extensión de la Ley, no ya sólo a la organización de la Administración (que eso ya lo había hecho el Antiguo Régimen), sino, y sobre todo, al contenido entero de su competencia y de todas las formas del ejercicio del poder que ejerce.

Aunque la propia Constitución ha previsto una sanción penal a la inobservancia por los administradores de esa vinculación a la Ley (art. 8 de la misma Sección 3ª del Capítulo 4º, dedicada a la Administración interior), lo más característico va a ser lo que el art. 5º de la misma sección y capítulo establece en favor del Rey como poder formal el “derecho de anular los actos de las Administraciones de Departamento contrarias a las Leves y a las órdenes que el propio Rey les haya dirigido”.

Esa anulación no podía confiarse al poder judicial porque estaba ya establecido el capital principio de separación entre la Administración y la Justicia con anterioridad a la Constitución, por la básica Ley de 16-24 de agosto de 1790¹, que marcará todo el sistema político francés hasta hoy mismo, y que dispuso:

“Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni intervenir [troublers, molestar] sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

¹ En realidad esta Ley venía ya exigida por la Administración del Antiguo Régimen. (Vivien, en sus *Eludes administratives*, 3ª ed. París, 1845, pág. 20, dice: “El primer cuidado de la Asamblea Constituyente en el momento en que ella misma fundaba el régimen nuevo” fue declarar que “las funciones judiciales son distintas y deberán permanecer siempre separadas de las funciones administrativas” y decidió que “los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, molestar – “troublers” – de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”. Ley que no sólo ha sido mantenida en vigor hasta hoy mismo, sino que el *Conseil Constitutionnel* de la V República la ha reconocido de rango constitucional en fechas bien recientes.

Este criterio está ya recogido en el propio texto constitucional de 1791 (en particular: art. 3 del capítulo V), lo que determinará que la Constitución defina como una facultad explícita atribuida al mismo Poder ejecutivo –no, pues, a los jueces– la de anular los actos de la Administración “contrarios a la Ley o a las órdenes que la autoridad de ese Poder, el Rey [con el Gobierno], les hubiera dirigido” (art. 5º de la Sección II, capítulo IV del Título III), poder que se atribuye a la Administración central respecto de las administraciones de distrito (art. 5) y a éstas últimas sobre los actos de los “subadministradores de distrito” o municipales. Aquí está el primer esbozo de una jurisdicción contencioso administrativa, jurisdicción, evidentemente, estrictamente “retenida” en las manos de la propia Administración.

Esta jurisdicción, sin embargo, comenzará a formalizarse como tal con la primera Constitución napoleónica, la del año VIII (1799), que crea en el art. 52 un *Conseil d’Etat*, Consejo de Estado al que se encomienda redactar los proyectos de Ley y los reglamentos de Administración pública y “resolver las dificultades que surjan en materia administrativa”. Es esta última función la que va a hacer del Consejo de Estado desde ese mismo momento, hasta hoy mismo, la pieza esencial que configura para varios siglos el sistema francés de justicia administrativa, que marca el origen del sistema contencioso–administrativo, como comenzará a precisar el Reglamento de ese órgano de 26 de noviembre de 1799, cuyo art. 72 establece el básico principio de responsabilidad de los ministros por los actos que adopten “*si son contrarios a la Constitución, a las Leyes y a los Reglamentos*”, según la básica concepción revolucionaria del principio del sometimiento de los actos a la estricta legalidad.

En desarrollo de esos principios, la Ley napoleónica de 28 pluvioso del año VIII especifica y regula por primera vez los órganos administrativos a los que se va a encomendar el conocimiento de los recursos contra los posibles actos de la Administración, que la ya mencionada Ley de separación entre la Administración y la Justicia había excluido, como vimos, que pudiesen ser órganos judiciales formalmente tales. Estos dos órganos administrativos serán el *Conseil d’Etat* para los actos de las autoridades centrales de la Administración, y los Consejos de Prefectura para los actos emanados de las autoridades del departamento o provincia, autoridades éstas últimas que tenían ya atribuida la facultad de controlar también los actos de los municipios y *arrondissements*; por otra parte, las decisiones de los Consejos de Prefectura serían, a su vez, apelables ante el Consejo de Estado, que venía a asegurar así un control plenario sobre todos los actos de la Administración, imponiendo la unidad de la interpretación y aplicación de las Leyes. Es la primera piedra de la formidable construcción histórica que han sido la jurisdicción contencioso administrativa

y el Derecho Administrativo mismo, surgido justamente como un subproducto de la misma.

En 1806 se organiza ya en el seno del Consejo de Estado una *Comission du contentieux* y se dictan las primeras normas de procedimiento para estos asuntos, que quedan ya orgánicamente separados de las funciones consultivas que eran propias del Consejo en la materia administrativa general, como ha continuado hasta hoy.

Se especializan así en el seno de los órganos consultivos los que asumirán la materia contencioso administrativa. Es el sistema llamado de la justicia retenida, puesto que la decisión final correspondía al Emperador oyendo al Consejo de Estado. Desaparecidos en 1870 los dos Imperios, se atribuirá en 1872 el poder de decisión al Consejo de Estado mismo, que actuará, a partir de ahora como jurisdicción delegada, asumiendo por sí solo la responsabilidad entera de la decisión. La notable calidad de la jurisprudencia de este órgano técnico da lugar a una doctrina nueva, a la que se llamará justamente Derecho Administrativo, articulada sobre el principio básico de la sujeción de la Administración a la Ley, Derecho que se desarrolla teóricamente ya desde la tercera década del siglo XIX. Este ordenamiento singularizado alcanza su culminación al jurisdiccionalizarse enteramente el Consejo de Estado en 1872 (sin perjuicio de mantener separada la función consultiva a la que debe su nombre). Lo que, como ya indicamos, dio lugar al sistema de jurisdicción delegada o independiente. El comentario y sistematización de esta jurisprudencia, cada vez más motivada y sutil, da contenido y rigor institucional a esta nueva rama del Derecho, que conocerá un perfeccionamiento y depuración sucesivos. En el origen este sistema estructura y da sentido a los criterios que la jurisprudencia del Consejo de Estado va depurando, cada vez con una substancia institucional más explícita y firme.

La justicia administrativa acierta así a poner en pie un sistema jurídico que carecía de precedentes en la larga evolución de los sistemas políticos y jurídicos europeos y que terminará caracterizándose, y así continúa, como una pieza esencial del actual Estado de Derecho.

II

De este sistema de justicia administrativa destacará resueltamente el llamado recurso de anulación, creación nueva enteramente jurisprudencial. El Consejo de Estado, que conocerá –recurso de plena jurisdicción– los recursos

que los particulares le dirigen en sustitución de los jueces ordinarios en materias de derecho privado, o en las que la Administración actúa en posición de igualdad con los administrados, recursos que la regla básica de la separación con la justicia impedía que fuesen conocidos por los jueces y tribunales ordinarios, comienza a admitir además recursos en los que se reprocha a la Administración una actuación groseramente ilegal en sus fundamentos, aunque el recurrente no exhiba un verdadero derecho en la materia. La calidad administrativa del Consejo de Estado le hace sensible a lo que podría considerarse como una mera denuncia de una actuación completamente irregular, de “orden público”, como se dirá en España en el momento de su temprana recepción con el mismo sistema de atribuir el papel central a la misma pieza esencial del Consejo de Estado, creado en España a esos fines. Terminará por exigirse al recurrente una *qualité pour agir* o legitimación, que es un interés en el recurrente, interés que se concibe ahora como mera “exigencia de seriedad”, y que no tendrá en el fallo del proceso ninguna transcendencia (incluso si el recurrente hubiese desistido del recurso tras haber puesto en marcha el proceso, éste continuará hasta la Sentencia). Se creó así un recurso que será calificado de “objetivo”, en el que el recurrente, dirá aún Hauriou ya entrado el siglo XX, actúa al modo de un Ministerio Fiscal, en interés de la legalidad.

La consagración de un sistema de jurisdicción contencioso administrativo delegada, esto es, decidiendo ejecutoriamente por propia autoridad, y tras un corto período de tiempo en 1849, no tiene lugar, como dijimos, hasta la Ley de 5 de mayo de 1872, fecha a partir de la cual el desarrollo del sistema será esencialmente jurisprudencial prácticamente hasta finales del siglo XX, como veremos.

La depuración constante de esta jurisprudencia, matizada y perfeccionada por un Consejo de Estado objeto de un culto y una admiración sin fisuras, hizo del sistema contencioso administrativo francés, y dentro de él del recurso de anulación, el paradigma mismo de la excelencia. En 1929 la gran autoridad de Gastón Jéze decía: *“el excès de pouvoir es la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, la más práctica que existe en el mundo para defender libertades”*, juicio repetido y desarrollado por las sucesivas generaciones de especialistas y de expertos, sin excepción.

III

Pero he aquí que, de una manera súbita e inesperada, el legislador francés ha irrumpido resueltamente a finales del siglo XX y comienzos del XXI en

el sistema contencioso administrativo, rompiendo la tradición de dejar su perfeccionamiento, como venía ocurriendo desde hacía dos siglos, a *lasage lenteur*, la sabia lentitud, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que avanzaba parsimoniosamente por pasos medidos, para pulir cuidadosamente, con una complacencia casi estética, los rasgos de un sistema jurídico que se tenía por la perfección misma, respetada, admirada y amada por jueces, doctrina, justiciables y políticos.

Abruptamente, he aquí que esa creación jurisprudencial tan bien construida y admirada va a ser ahora abierta y sustancialmente desautorizada por un legislador que irrumpe inesperadamente para privar, por de pronto, al Consejo de Estado del monopolio con que venía dirigiendo y perfeccionando la configuración de la pieza clave del sistema, el recurso de anulación, que era su carácter puramente declarativo, en el que se quintaesenciaban y sublimaban limitaciones procedentes de los mismos dogmas revolucionarios primigenios. Las Leyes de 1980 y de 8 de febrero de 1995, más tarde sistematizadas y completadas por otras Leyes de 4 de mayo y 30 de junio de 2000, y ordenadas finalmente en un espectacular y novedoso *Código de la Justicia Administrativa*, han supuesto, por de pronto, la privación al Consejo de Estado de su protagonismo virtualmente exclusivo sobre la justicia administrativa, procediéndose a una insólita codificación total, absolutamente novedosa, de toda la materia contencioso administrativa.

Pero no se ha tratado de una mera sistematización en una Ley de las creaciones jurisprudenciales de la materia, tan cuidadosamente depurada por el Consejo de Estado, sino de una modificación absolutamente esencial del sistema en dos puntos capitales del mismo, hasta el punto de hacer de él. a partir de ahora, un sistema enteramente nuevo. Esos dos extremos objeto de una transformación sustancial han sido la tutela cautelar y, sobre todo, el valor de las Sentencias estimatorias de los recursos contencioso administrativos, atribuyendo íntegra ahora a la propia jurisdicción contencioso administrativa un poder jurisdiccional plenario, en la misma medida del que disponen todas las jurisdicciones ordinarias y de la que hasta ahora carecía radicalmente el Consejo de Estado, por virtud del principio básico de la “separación” entre la Administración y la justicia, esto es la de ejecución forzosa de sus propias Sentencias, tanto sobre la Administración misma como sobre los administrados afectados por ellas. Se ha puesto así fin espectacularmente a una serie de principios y criterios que habían venido considerándose durante los casi dos siglos de su existencia como esenciales a la jurisdicción contencioso administrativa y al mismo Derecho Administrativo, para establecer ahora una paridad virtualmente absoluta entre esta jurisdicción y las demás jurisdicciones ordinarias.

Es, sin duda, la mayor transformación que la jurisdicción contencioso-administrativa ha experimentado en Francia hasta ahora desde sus mismos orígenes. Toda ella ha pasado a ser ahora una jurisdicción plenaria y efectiva, con el abandono resuelto de su limitación al solo plano declarativo y el explícito reconocimiento de su posibilidad de ejecutar forzosamente sus sentencias frente a una Administración renuente.

IV

Toda esa cuidadosa construcción, obra predilecta de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con su *sage lenteur*, su sabia lentitud, que avanzaba parsimoniosamente por pasos medidos, con una complacencia casi estética, admirada, elogiada y amada por políticos, jueces, justiciables, doctrina universitaria y forense, todo ese impresionante edificio, cuando apenas si existía una crítica de alguna entidad contra el mismo, acaba de ser desautorizada, en efecto, por un legislador que ha irrumpido inesperadamente en la materia, poniendo fin así al protagonismo prácticamente exclusivo del Consejo de Estado sobre esa nueva especie de justicia que él había imaginado, configurado y perfeccionado paciente y sabiamente durante casi dos siglos completos.

Inesperadamente, súbitamente, en efecto, ha irrumpido el Legislador, en los años finales del siglo XX y comienzos del XXI para reconfigurar enteramente el sistema contencioso administrativo francés desde sus mismas bases.

A partir de las Leyes francesas de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995 se reconfigura resueltamente, en efecto, el sistema, un sistema hasta ahora entregado en exclusiva al Consejo de Estado, poniendo así fin de una manera espectacular al monopolio que éste ha mantenido durante casi dos siglos de la responsabilidad de su concepción y de su desarrollo. Se ha aprobado un insólito *Code de Justice Administrative*, que es una legalización completa y absoluta de toda la extensión y funcionamiento del sistema, por cierto con una precisión y un detalle como no existe hoy probablemente en ningún otro Estado. Lo más significativo, sin embargo, no es el hecho mismo de esa codificación, con un pormenor y una extensión desconocidas en cualquier otro Derecho, sino el hecho simple de que ese nuevo Código se ha hecho no con una sistematización de la venerada jurisprudencia del Consejo de Estado, sino introduciendo en el sistema un cambio absoluto de los principios básicos sentados por esa jurisprudencia a lo largo de sus dos siglos de existencia. Simplemente dicho, esta innovación legislativa cambia radicalmente los principios mismos

del sistema contencioso administrativo francés, convirtiendo ahora a los Tribunales contencioso administrativos y al Consejo de Estado mismo en cuanto ejercita su función jurisdiccional en unos tribunales judiciales plenarios, visibles sobre todo en dos terrenos completamente nuevos, la competencia plena para ejecutar sus propias Sentencias, hasta ahora puramente declarativas, haciéndoles, pues, a todos los tribunales de plena jurisdicción, y la disponibilidad de un sistema extraordinariamente rico y matizado de medidas cautelares, que han venido a poner fin al carácter central del principio de ejecutoriedad de las decisiones de la Administración, no afectadas hasta ahora, salvo en excepciones muy señaladas y resueltamente limitadas.

Destaca, con toda evidencia, la conversión de la jurisdicción contencioso administrativa en una jurisdicción “plena”, según la categoría de la bien asentada doctrina procesal francesa. El viejo principio de “separación” entre la Administración y los Tribunales, no obstante su énfasis y su papel central en el origen del contencioso administrativo francés, ha desaparecido, simplemente.

Hoy los poderes del juez contencioso administrativo respecto de la Administración como parte en el proceso han pasado a ser exactamente los mismos que los que tiene el juez ordinario en las actuaciones procesales civiles, laborales o penales sobre los ciudadanos de a pie. El juez contencioso administrativo ha dejado de ser pues, un juez limitado y menor, como, no obstante todo el énfasis puesto en la sutileza y rigor de la doctrina del Consejo de Estado, había venido ocurriendo hasta ahora.

Hay que notar que esta radical transformación del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo ha tenido lugar también en otros sistemas europeos, y por las mismas fechas, por cierto, como si obedeciese a un verdadero acuerdo internacional (que no ha existido, desde luego) o al menos a una conciencia común y aguda en toda Europa sobre la necesidad de acabar de un golpe con todas las convencionales e históricas limitaciones que atenazaban una jurisdicción que ha dejado con ello de ser un cuadro teórico y exquisito que no afectaba de manera sustancial al papel manifiestamente prepotente con que se configuró la Administración surgida de la Revolución Francesa, que debería seguir “separada” también de la justicia administrativa por su propia y enaltecida esencia de poder.

El juez contencioso administrativo ha dejado así de ser a partir de ahora un juez limitado y menor, como había ocurrido en sus dos siglos de existencia, no obstante el énfasis puesto en la sutileza y rigor de su jurisprudencia, para adquirir desde ahora la integridad de los poderes de cualquier otro juez so-

bre sus justiciables. Es una modificación absolutamente sustancial que, por cierto, ha venido a coincidir, como si de un misterioso “espíritu del tiempo” se tratase, con transformaciones análogas en las jurisdicciones contencioso administrativas de otros Estados europeos, España entre ellos².

Finalmente, una tercera Ley francesa, la de 30 de junio de 2000, que incluyó en el Código de la Justicia Administrativa una regulación completa y circunstanciada de las medidas cautelares que la jurisdicción es ahora capaz de imponer a la Administración demandada, rompiendo otro de los dogmas convencionales del anterior sistema, el de la inexorable ejecutividad de sus actos, como propios de un verdadero poder público irrestricto frente al cual el ciudadano habría de mantener siempre una posición jurídica secundaria y menor. Hoy la posición del ciudadano discrepante ha dejado de ser una simple tolerancia para pasar a ser la de titular de un verdadero derecho subjetivo a una justicia efectiva, en los términos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige, también en la esfera contencioso administrativa, una tutela efectiva en “igualdad de armas” procesales con la Administración, sin que con la misma pueda producirse indefensión alguna, “con todas las garantías”, como dice expresamente dicho precepto, aplicable a la materia contencioso administrativa. De este modo el nuevo Código de Justicia Administrativa ha pasado a ser una regulación pormenorizada de la tutela cautelar ejercitable contra la Administración, de manera realmente espectacular, hasta el punto de que un autor cualificado como Rene Chapus ha podido recientemente decir nada menos que esta materia “domina a partir de ahora el Estado de Derecho”, esto es, ha alterado por sí sola la posición misma de la Administración en la estructura y las funciones del Estado.

V

No tendría interés intentar exponer ahora las soluciones (por cierto, virtualmente análogas) a las que en el mismo momento del cambio del siglo XX–XXI han llegado otros países europeos (Italia, Portugal, Alemania, España), sin que ningún convenio o decisión comunitarias o de otro carácter les

² Al incluir la Constitución entre los poderes propios de toda jurisdicción el poder de ejecución de las Sentencias que dicte (art. 117.3), y ser la jurisdicción contencioso-administrativa una verdadera jurisdicción, como resulta también del principio de “unidad jurisdiccional” que proclama el mismo art. 117 en su apartado 5, y precisa el art. 9.4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

obligase a ello. Como en pocas ocasiones, el “espíritu del tiempo” parece haber obrado por sí solo para que todos viniesen a coincidir en soluciones similares de fortalecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente en cuanto a la superación definitiva del carácter meramente declarativo de sus sentencias, reconociendo a sus Tribunales las mismas facultades de ejecución forzosa de que gozan los Tribunales como propias de la jurisdicción, así como, un poder nuevo de graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos revisados mediante un matizadísimo sistema de medidas cautelares.

En Inglaterra, ello está siendo el resultado de su capital *Human Rights Act* de 1998, con vigencia plena a partir del principio del año 2000, que ha convertido en norma interna la totalidad del Convenio Europeo de Derecho Humanos, con su capital art. 6º, al que ya nos hemos referido³.

El ciudadano ha ganado con ello la superación definitiva de su viejo *status* de “administrado” pasivo frente a una Administración superior, de cualidad más alta, armada de sus tradicionales privilegios y preeminencias de poder público. El sistema de la justicia administrativa ha elevado manifiestamente su rango de ciudadano, al ser ya capaz de contender “con igualdad de armas” con la vieja Administración heredera directa del Rey absoluto.

Los derechos que el ciudadano ostenta en la compleja sociedad actual, derechos hoy enriquecidos por el sustancial de no poder ser afectado en los intereses materiales y morales de su existencia, sobre los que se fundamenta su esencial posición jurídica de hombre libre e independiente, si no es en virtud de una Ley, han quedado sustancialmente elevados. Hoy el juez contencioso tiene la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio sustancial de libertad, sólo desde el cual puede el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal primaria, en su integridad.

La evolución ha conducido, pues, a la conquista definitiva de una jurisdicción plenaria y efectiva para garantizar de manera completa y plenaria, por

³ Baste notar, aunque sea una simple alusión, que esa revolucionaria innovación está suponiendo la rectificación en bloque de su tradicional sistema de *Administrative Justice*, que partiendo del principio básico del *common law* que exige un específico *writ* específico para cada tipo de acción había dado lugar a ¡más de 2000! *Administrative Tribunals*, de intervención obligada antes de poder pasar a los recursos jurisdiccionales propiamente dichos. Me parece este dato, por sí solo, una verdadera reducción al absurdo del sistema.

primera vez en la historia, los derechos y libertades de los ciudadanos frente a una Administración que había acertado a mantenerse en una inmunidad sustancial última, en virtud de viejos y convencionales mitos cuidadosamente presentados como supuestamente derivados de “la naturaleza de las cosas” y que escondían, simplemente, la conveniencia y la comodidad práctica de los administradores.

Metodología Jurídica

Alfonso Pérez Moreno

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DEL MÉTODO.— A. *Ciencia, Filosofía y Derecho.*— B. *Especialidades de la cuestión metodológica en el Derecho Administrativo.*— C. *Clases de métodos y su aplicación en el Derecho Administrativo.*— II. POSICIONES METODOLÓGICAS Y SUS MANIFESTACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.— A. *El método exegético como expresión de la carencia de ciencia jurídica.*— B. *El método histórico: negación de la estatalidad del Derecho y afirmación de la costumbre.* C. *El método lógico-jurídico y la construcción del Derecho Administrativo. Los excesos del formalismo y su revisión. Doctrina española.*— D. *La jurisprudencia de los intereses como primado de la experiencia vital.*— E. *El sociologismo jurídico y la sociología como dato auxiliar para la construcción del Derecho Administrativo.*— F. *Modernas tendencias metodológicas (referencias al estructuralismo y al renacimiento del pensamiento tópico).*— a) *Consideraciones generales.*— b) *Referencia al estructuralismo jurídico.*— c) *Peculiaridad del razonamiento jurídico: la tesis de VIEHWEG sobre el pensamiento tópico. La posición de GARCÍA DE ENTERRÍA.*— III. CONCLUSIONES.— IV. EL MÉTODO DE ENSEÑANZA.— A. *Pedagogía, investigación y cooperación.*— B. *Medio y técnicas de enseñanza.*— C. *Plan de enseñanza.*

Resumen:

La metodología jurídica viene atravesando la crisis producida por el impacto de la impresionante producción normativa y su movilidad. El desprestigio de la ley y su vinculación a la coyuntura. El Derecho Administrativo no requiere un método exclusivo, pero sí es un campo de experimentación de la bondad de los métodos aplicables a la ciencia del Derecho. Se analizan las distintas posiciones metodológicas (métodos exegético, histórico, lógico-jurídico, jurisprudencia de intereses, sociologismo jurídico, estructuralismo, pensamiento tópico) llegando a unas conclusiones. Finalmente, se hace una referencia al método de enseñanza.

Abstract: Legal methodology is currently in crisis due to the impact of the incredible amount of legislation and its mobility. The discrediting of the law

and its relationship with the current situation. Administrative law requires no exclusive method, but it is an experimental field when it comes to the methods applied to the science of law. The various methodological positions are analyzed (exegetic, historic, logical–legal, vested jurisprudence, legal sociology, structuralism and topical thought methods) to reach conclusions. Finally, reference is made to the teaching method.

Palabras clave: Método jurídico. Posiciones metodológicas. Exégesis. Método lógico–jurídico. Jurisprudencia de intereses. Sociologismo. Estructuralismo. Construcción jurídica. Investigación jurídica. Pedagogía.

Key words: Legal methodology. Methodological positions. Exegesis. Logical–legal method. Vested jurisprudence. Sociologism. Structuralism. Legal construction. Legal research. Pedagogy.

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos la metodología jurídica no ha mantenido la posición central en la obra de los estudiosos, quedando incluso olvidada en los trabajos de los jóvenes investigadores pese a constituir muchos de ellos importantes aportaciones. No sólo hay que considerar como causa la desequilibrada relación entre filosofía y técnica –entendiendo comprendido en esta palabra el impresionante cúmulo formado por la producción normativa–, sino también la rapidez y laxitud de las políticas legislativas que reducen a niveles sociológicos o de pura facticidad los motivos de los cambios y transformaciones en los ordenamientos jurídicos.

Estos fenómenos son especialmente sensibles en el Derecho Administrativo, como se expondrá después. Pero de ello no se ha de derivar la idea de que es necesario un método propio de este Derecho.

La influencia de los criterios de valoración en los recientemente inaugurados procedimientos de selección del profesorado ha obligado a retomar la cuestión metodológica. En el curso de la programación de seminarios y conferencias sobre la ciencia, organizado por la Universidad de Jaén en el último trimestre de 2008, tuve el honor de exponer unas clásicas reflexiones sobre metodología jurídica que se sintetizan en este trabajo.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DEL MÉTODO

Por vía de introducción, vamos a hacer unas consideraciones previas que nos pongan en contacto con la aguda problemática del método en las ciencias jurídicas en general y en el Derecho administrativo en particular y que nos sitúen ante algunas nociones básicas para discernir, definir y entender –conforme señaló ZUBIRI–¹ en esta ardua cuestión.

A. CIENCIA, FILOSOFÍA Y DERECHO

Las interrelaciones entre el conocimiento científico y el conocimiento filosófico del Derecho encuentran su máxima expresión en el tema del método. La teoría del método de una ciencia –ese “ir a lo largo del buen camino”, que denota su significado etimológico–, es, como expresa LARENZ “una reflexión sobre su propia actividad”²; y esto origina la necesidad del conocimiento científico mismo sobre el objeto de la ciencia jurídica, en nuestro caso; pero también, el ineludible concurso de la Filosofía del Derecho. Como ha señalado agudamente CERRONI³, parte de la distinción kantiana entre el “quid iuris” y el “quid ius” la necesidad de una distinción entre ciencia jurídica y filosofía del Derecho, “la legitimación teórica de un doble y distinto trabajo sobre el derecho: el trabajo del científico que estudia y sistematiza el derecho positivo, y el trabajo del filósofo que define el concepto mismo de derecho y nos proporciona los criterios últimos de su valoración”. La consecuencia de esta escisión ha determinado la perplejidad de la ciencia jurídica sobre su propio objeto; entre todas las ciencias sociales que en el transcurso de siglo y medio se han ido constituyendo al mismo tiempo que proclamaban su emancipación con respecto a la filosofía, la ciencia jurídica es probablemente la única que sigue todavía discutiendo acerca de la naturaleza de su objeto y que, incluso, ha expresado muchas veces la imposibilidad de definirlo. De lo que CERRONI deriva que la ciencia jurídica no ha puesto todavía a pun-

¹ ZUBIRI, “Naturaleza. Historia. Dios”, Madrid, 1944, pág. 81. “El saber humano fue, en un principio, un discernir el ser del parecer; se precisó, más tarde, en definir lo que es; se completó, finalmente, en un entender lo definido. Pero a su vez entender ha podido significar: o bien demostrar, o bien especular, o bien experimentar”.

² LARENZ, K., “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Barcelona, 1966, pág. 7.

³ CERRONI, U., “Metodología e scienza sociale”, 1968; traducción española, “Metodología y ciencia social”, Barcelona, 1971; págs. 86 y ss.

to su método⁴. En verdad que existe una tensión entre el conocimiento científico concreto del que ha de extraerse toda la reflexión metódica, y el conocimiento filosófico que cae fuera de la ciencia positiva concreta pero que es necesario para formular la reflexión sobre la construcción jurídica de ésta⁵. En expresión de HERNÁNDEZ GIL, “La metodología –como disciplina del método a seguir en el operar con una materia científica, bien sólo con fines de investigación, bien, además, con fines de aplicación– entraña un autococonocimiento de su cultivador. En la investigación metodológica, la ciencia misma se torna objeto de nuestra reflexión”⁶.

Tradicionalmente se ha venido, así manteniendo una división tripartita de la investigación sobre el Derecho: investigación lógica o crítica, investigación histórica o fenomenológica e investigación deontológica o valorativa⁷. La integración de las tres subraya, sin embargo, la dependencia de la filosofía, porque el método no sólo plantea la temática acerca de unas reglas determinadas de carácter lógico que nos conduzcan a la verdad, sino también, el de la posibilidad de conocimiento de esa verdad, los límites y naturaleza de la misma. De aquí que la metodología en general, y la metodología jurídica en particular –en la que quizás con un exceso de simplismo no se constata más que una reproducción de la problemática de aquella– esté profundamente influida por las mutaciones de las concepciones filosóficas, aunque cuando la recepción de éstas se producen en el ámbito jurídico puede que ya aquellas hayan cambiado. De lo expuesto puede extraerse una inmediata consecuencia: la necesidad de atenerse a la realidad concreta del Derecho, de sus propias técnicas, de su “modus operandi”, como centro de todas las reflexiones metódicas; porque, como no han podido por menos de destacar quienes han afrontado el problema desde esa fructífera perspectiva, “desde su origen, la ciencia

⁴ CERRONI, U., “Ibidem”, pág. 105.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, R.A.P. núm. 40; según indica, procede este trabajo de su Memoria Pedagógica, págs. 189 y 190.

⁶ HERNÁNDEZ GIL, A., “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Madrid, 1971; que es la reimpresión de su “Metodología del Derecho”, pág. 18 de este Tomo I; pues la obra ha pasado a tener tres tomos.

⁷ CERRONI, U., ob. cit., pág. 122.

del derecho –en expresión de ENGISCH⁸– es una ciencia práctica. Los romanos, a quienes les corresponde el imperecedero mérito de haber fundado esta ciencia, sabían perfectamente lo que ella significaba. La celebraron como la “divinarum adque humanarum rerum notitia”; la consideraron, por tanto, como la más viviente de todas las ciencias, y gracias a su derecho y a su ciencia del derecho se transformaron en un pueblo grande y poderoso”.

Ese punto media en que se sitúa el Derecho entre lo metafísico y lo técnico, es un peculiar dato para su introspección. Partiendo de la distinción de DILTHEY entre ciencias de los sistemas de cultura y ciencias de la organización externa de la sociedad, afirma, GARCÍA TREVIJANO que “a través del Derecho es precisamente por donde se unifican, o al menos llegan a tener un contacto, los sistemas de cultura con los externos”⁹.

B. ESPECIALIDADES DE LA CUESTIÓN METODOLÓGICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

No creemos en la existencia de un método propio del Derecho Administrativo distinto del que corresponda a las demás ramas jurídicas. La unidad sustancial del Derecho se impone aquí, como en otros muchos aspectos, sobre las pretensiones cantonales (“taifistas”) de los especialistas en ramas concretas. A esa misma negación de exclusividad metódica en nuestra disciplina llega GONZÁLEZ PÉREZ, después de analizar algunas tesis disidentes (BERTHELEMY Y LATOURNERIE)¹⁰. Es innegable el efecto especificador de las características propias del Derecho Administrativo: su complejidad, su extraordinaria movilidad; la crónica imposibilidad codificadora total, la continua promulgación de normas promulgación de normas por la inmediatez de la Administración a la sociedad, por la disponibilidad de poderes normativos propios, por su obligada respuesta a las situaciones que, en todos los campos, se

⁸ ENGISCH, K., “Einführung in das juristische denken”, Stuttgart, 1956; traducción española, “Introducción al pensamiento jurídico”, Madrid, 1967, págs. 16 y 17.

⁹ GARCÍA TREVIJANO FOS, “Tratado...”, ob. cit., pág. 167 del Tomo I.

¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El método en el Derecho Administrativo”, R.A.P. núm. 22, págs. 27 a 31. LATOURNERIE, “Essai sur les methodes jurisdictionnelles du Conseil d’Etat”, en libro jubilar del 150 aniversario del Conseil d’Etat, 1952.

presentan, muchas veces con urgencia, en la vida social¹¹. Pero de todo ello no se ha de derivar un tratamiento metódico exclusivo para este Derecho; sino su consideración como excepcional campo de experimentación de la bondad de los métodos aplicables a la ciencia del Derecho. En efecto, sustancialmente y por la experiencia histórica, esto es lo más destacable de la cuestión metodológica en el Derecho Administrativo. Junto a esa enorme producción de normas a todos los niveles, y su extraordinaria movilidad (normas coyunturales, leyes-medida, etc.), destaca la importancia del elemento teleológico: la finalidad es aquí un fuerte polo de atracción, instrumentaliza todo el esquema abierto que es el ordenamiento jurídico-administrativo. No funciona éste con la pretensión de inscribir la finalidad en un sistema cerrado, mediante la codificación —que es el caso del Derecho privado—, y limitar la tarea a la exégesis o a la deducción de los conceptos formales del sistema; su función es la de realización de la justicia mediante un esquema normativo abierto. En el fondo, la codificación devino, en buena parte, también esquema normativo abierto, cuando se constata que la vida supera las herméticas previsiones del legislador; de aquí la importancia que para el Derecho privado tuvo la experiencia que estaba viviendo el Derecho Administrativo, especialmente en Francia, como se demostró —según destaca GARRIDO FALLA— en la clásica obra de GENY, influida más que influyente, por el método de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Consejo de Estado¹².

Queda, pues, demostrado sustancial e históricamente, esa especial aptitud del Derecho Administrativo para comprobar la validez de los métodos; si no por esas sus especialidades tiene un método distinto de las demás ciencias jurídicas, sí es un excepcional laboratorio para analizar el valor de los métodos y ofrecer, así, a éstas el importante servicio de señalarles el método jurídico más adecuado.

C. CLASES DE MÉTODOS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En función de distintos criterios orientadores es posible realizar diversas clasificaciones de los métodos. A los efectos de este trabajo, nos interesa des-

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la Ley...”, cit., pág. 203.

¹² GARRIDO FALLA, “Las transformaciones del régimen Administrativo”, 1ª edición, 1954, pág. 75. Las obras de François GENY, “Méthode d’interprétation et sources en Droit privé positif”, París, 1899 y “Science et technique en Droit privé positif”, París, 1914-24. Y de su hijo Bernard GENY, “De la méthode et la technique du Droit privé positif a celles du Droit Administratif”, en el libro jubilar del Consejo de Estado, cit. En nota 10.

tacar la distinción por la forma del razonamiento, y la que atiende al objeto de la actividad. Por la forma o itinerario del razonamiento se contraponen el método inductivo y el deductivo, analítico y sintético. El método inductivo implica un estrecho contacto con la realidad, y en el caso de las ciencias jurídicas, determina una observación de la realidad social, de los casos concretos para poder elevarse a la formulación de una norma general. El método deductivo va de lo general a lo particular, y, separado de la observación de la realidad social a la que se quiere conformar con ideas previas, puede determinar una falta grave de efectividad, y, a la larga, la indigencia social del Derecho. GARCÍA TREVIJANO contesta a la pregunta de qué método debe ser escogido para una rama jurídica en los siguientes términos: “El método inductivo tiene una primera fase, de ir induciendo a través de casos una serie de datos o de momentos que hagan posible la creación de una norma de tipo general. Una vez formada la norma de tipo general, entonces utilizaremos el método deductivo”¹³. Para GONZÁLEZ PÉREZ “el jurista debe utilizar: el Método deductivo, infiriendo criterios de adecuación de los principios generales de justicia (Derecho natural) y de los de la política (idea de la vida a realizar en un pueblo y en un tiempo determinado; el método inductivo, conociendo la realidad social (estructura social, política y económica real) y la realidad jurídica (eficacia real de las normas en la vida social) para que sirva de base para la ecuación jurídica (realización práctica en la materia jurídica)”¹⁴.

Ciertamente, la inducción es necesaria, y en el Derecho Administrativo debe operar sobre la llamada parte especial, de tal forma que toda la construcción de la parte general, que con tanto rigor científico ha permitido redimir a ésta disciplina de sus primitivas manifestaciones asistemáticas, no tendría validez alguna si no está profundamente vitalizada con la afluencia de datos y principios extraídos de la parte especial¹⁵. A nuestro juicio este es el momento en que puede ser relevante también la ciencia de la Administración, ya que no sólo el Derecho positivo (y en esto diferimos de GARCÍA TREVIJANO), sino la realidad social concreta de base, ha de ser tenida en cuenta para inducir los conceptos, principios y categorías de la parte general.

Si nos detenemos ahora en la distinción de métodos en función del objeto de la actividad, en lo que a las ciencias jurídicas interesa, se discrimina en-

¹³ GARCÍA TREVIJANO, ob. cit., pág. 173.

¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, “El método...”, cit., pág. 32.

¹⁵ GARCÍA TREVIJANO, *Ibidem*, pág. 174.

tre métodos de conocimiento, de elaboración, de aplicación y de enseñanza. Existe una gran diferencia entre éste último y aquéllos, como situados en diversos planos; en cambio, sólo algunos matices pueden encontrarse en el método de aplicación que lo separen de los dos primeros. Todas las referencias que venimos, y continuaremos, haciendo a la cuestión metodológica no tienen en cuenta el método de enseñanza, al que dedicaremos especial atención al final de ésta parte de la Memoria. Distintas de estas clasificaciones basadas en aspectos técnicos, son las corrientes o concepciones metodológicas, que, como trasunto de las ideas filosóficas, se han ido produciendo a lo largo de la historia. Desde esta perspectiva, se contempla el Derecho Administrativo inmerso en un conjunto de conocimientos históricos, económicos, políticos, técnicos; la red conceptualista de los positivismos; o vivificado por los principios de justicia material (Derecho natural). Vamos, pues, a considerar las posiciones metodológicas y su repercusión en el Derecho Administrativo.

II. POSICIONES METODOLÓGICAS Y SUS MANIFESTACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sin pretender agotar, ni con mucho, todas las posiciones metodológicas que han tenido, o tienen, una resonancia en el campo de la ciencia jurídica, vamos a destacar tan sólo aquéllas que han tenido una mayor influencia en el Derecho Administrativo, sin perjuicio de plantearnos una interrogante sobre el posible papel de otras más recientes tendencias, concretamente el estructuralismo. Así, sucesivamente, consideraremos a continuación, los métodos exegético, histórico, positivista y formalista; jurisprudencia de intereses, sociologismo jurídico; y, entre las modernas tendencias: referencias al estructuralismo, y pensamiento tópico.

A. EL MÉTODO EXEGÉTICO COMO EXPRESIÓN DE LA CARENCIA DE CIENCIA JURÍDICA

Con razón se ha imputado al método exegético ser causa “de la leyenda negra del Derecho Administrativo como disciplina farragosa e inabordable”¹⁶. Basta recordar las especialidades antes expuestas –falta de codificación, esquema normativo abierto, movilidad, contingencia, etc.– para comprender los

¹⁶ GARCÍA OVIEDO–MARTÍNEZ USEROS, “Derecho Administrativo”, 9ª edic., I, pág. 94.

funestos efectos que podían derivarse de una mera descripción del contenido de las disposiciones, sin engazarlas en un sistema de principios y conceptos generales. Más que obras científicas, los escritos de éste carácter son o diccionarios o guías –como el Tratado de DUFOUR que estudiaba las materias por orden alfabético–. La escuela exegética, como portadora de ésta metodología en los estudios jurídicos, se localiza en Francia, a raíz de la promulgación del Código Napoleón, desarrollándose a lo largo del siglo XIX, aunque en franca decadencia en las postrimerías de éste, recibiendo el golpe de gracia de la antes referida obra de François GENY. Pese a la completa biografía de dicha escuela, no puede desconocerse la existencia de otras manifestaciones importantes de la exégesis en el campo del Derecho: HERNÁNDEZ GIL destaca como precedentes los glosadores y comentaristas¹⁷. Creemos, sin embargo, que es muy importante subrayar las distintas motivaciones y planteamientos de la exégesis en cada caso; de mucho más intención política en la escuela francesa posterior a ese logro de la burguesía que fue el **Code**. En ambos casos existe, sin embargo, una nota común: la falta de un auténtico conocimiento científico, el no haber superado el plano del saber vulgar. La base de todo es la ley; fuera de ella es inútil indagar el concepto de Derecho. Existe una supervaloración del Código y de la ley misma; LAURENTE resumirá el pensamiento con estas frases: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; la misión de éste no es elaborar el Derecho, el Derecho está elaborado”¹⁸. Se aprecia aquí un radical positivismo, y en este sentido puede enlazarse la exégesis con el método de la jurisprudencia de conceptos¹⁹.

En seis notas resume HERNÁNDEZ GIL los rasgos metodológicos de la Escuela que consideramos:

- 1) “El derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley”; se rechaza, pues, toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica.
- 2) “Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador”. La búsqueda de la “voluntas legislatoris” consumando la exégesis de la ley,

¹⁷ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, cit. Pág. 74 y ss.

¹⁸ LAURENTE, “Cours élémentaire de Droit civil”, pág. 9, del tomo I.

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 85. “Les es común –dice– en efecto, el exagerado normativismo, su culto a la lógica, su afán por la generalización, su creencia en las abstracciones y en cuanto implique un apartamiento de la vida real”.

bastaría si el Derecho sólo fuese un sistema de mandatos del Estado. Pero, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA después de hacer esa constatación, existe una “voluntas legis”, y “la autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo”²⁰, con lo que apunta a los principios generales del Derecho.

- 3) “Descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagra, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo”. Recordamos aquí la antes denunciada separación de la realidad que el método deductivo único origina.
- 4) “Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias de la ley se salvan a través de la ley misma, mediante la analogía”. Como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, esta idea de expansión lógica de las normas singulares, es “la primera ficción que se requiere para poder dejar en pie la concepción básica de la estatalización total del Derecho”, hoy insostenible²¹.
- 5) “Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respecto a las obras de los antecesores”.
- 6) “Y, en suma, se atribuye al derecho un carácter eminentemente estatal”²².

De todas las objeciones formuladas por GENY contra el método exegético, la más atendible en Derecho Administrativo es la profunda inmovilización que dicho método produce, lo que produce un vivo divorcio entre ley realidad social. Hemos señalado la existencia de normas coyunturales, de disposiciones contingentes, que, una vez superadas las circunstancias que las determinaron se extinguen, cesan en su vigencia (o, si formalmente no ocurre así, entran en un “sótano de trastos viejos”, peculiar manifestación del desuso en el Derecho Administrativo, cuyo estudio, que se prevé apasionante, esta por hacer); pero no puede olvidarse que no todas las leyes administrativas son tan episódicas, que cumplen muchas de ellas su vocación de permanencia, y acreditan, a veces, una longevidad más que centenaria, pese a su inmediatez con la viva realidad (por ej. Ley de Aguas, de 1879).

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley...”, cit., pág. 192.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ibidem*, pág. 191.

²² HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, págs. 81 a 83.

La profunda congelación que, en tales materias y leyes, produce un método exegético, es obvia; y es asimismo explicable, que, en tales circunstancias, aflores los subjetivismos y la norma escrita se convierta en la cobertura de las más contradictorias explicaciones de su contenido. Estas consideraciones, y las que descubren los obstáculos de dicho método para la construcción científica del Derecho Administrativo, se encuentran destacadas en los administrativistas europeos que toman conciencia e inician la recepción del método jurídico; revisando y criticando el camino de la exégesis seguido, por lo general, por los primitivos cultivadores de estos estudios. Así, ORLANDO, separaba el Derecho y la ley, los principios jurídicos y los comentarios a la legislación positiva, en definitiva, la auténtica ciencia del Derecho y el conocimiento de la ley en cada momento vigente; aspectos que confunde el método exegético²³. Y, entre nosotros, GASCÓN Y MARÍN, señaló: “Sería absurdo reducir todo al método exegético. Por haberlo abandonado como elemento único, han podido los tratadistas alemanes y franceses, como lo han hecho los italianos y lo están haciendo los españoles, ir formando esas construcciones jurídicas que aparentemente han salido de la nada, y que en realidad han ido surgiendo de la consideración de que hay algo más que reglas aisladas, que es preciso explicar o interpretar aisladamente o en relación puramente parcial, de pensar que la vida de los Estados, su actuación, tiene que obedecer a principios fundamentales, que la vida jurídica los necesita también y que esas reglas generales hay que ir derivándolas, no sólo mediante la inducción, sino utilizando también la deducción”²⁴.

La etapa inicial del Derecho administrativo en todos los países estuvo dominada por el método exegético, incluso en los países hispanoamericanos. Como expresa VILLEGAS BASAVILBASO “La obra de FERREYRA –titulada “Derecho administrativo general y argentino”, publicada en 1866– es un ejemplo de ésta tendencia clásica, ya que define ésta disciplina “El conjunto de leyes y decretos que determinan las relaciones de la sociedad con los ciudadanos en el orden administrativo”²⁵. Y es que, como indicó CARNELUTTI, “la ciencia

²³ ORLANDO, “Principii di Diritto Amministrativo”, 1921, págs. 3 y s.; y “Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano”, vol. I, Milano, pág. 54.

²⁴ GASCÓN Y MARÍN, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Madrid, 1931, pág. 134.

²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1949, Tomo I, pág. 426

supera la fase del empirismo para entrar en la del tecnicismo cuando se propone el problema de su propia regla”²⁶.

En nuestra actual doctrina, y con preponderante referencia a la **aplicación** del Derecho Administrativo (ya que para su elaboración se inclina por la jurisprudencia de intereses, con las matizaciones que más adelante examinaremos), defiende el método exegético GARRIDO FALLA²⁷.

A su juicio “la exégesis es la única forma lícita de razonar admitida por los Tribunales y en cualquier sector en que se manifiesta la práctica del Derecho”; pero el hecho de que el legislador no defina, en muchos casos, en qué consiste el interés público, hace posible unas peculiaridades de la exégesis en el Derecho Administrativo, en el que la interpretación “ha de hacerse en consonancia con 1) los principios político-jurídicos que informan el Ordenamiento positivo, 2) la noción de interés público, y 3) a falta de precepto positivo expreso, los principios del Derecho natural”; todo ello no desvirtúa “la idea radical de la exégesis, a saber: que el intérprete ha de considerarse a sí mismo en una situación de subordinación con respecto a la Ley escrita, o lo que es lo mismo, que el intérprete no es legislador y ha de admitir, por tanto, la Ley, le guste o no le guste”. Recuerda, así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1965, cuando afirma: “... el Estado dicta el Derecho y a la jurisdicción sólo atañe proyectarlo y aplicarlo al caso concreto; por ello es peligroso usar de un subjetivismo interpretativo que desborde la norma, que infringiría nuestra Ley Orgánica de Tribunales, que les confiere sólo juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero no una labor legislativa al socaire de una interpretación”²⁸. GARRIDO refuerza su pensamiento por la circunstancia de la aparición de modernas leyes de más nivel técnico, en los últimos tiempos; frente a ello GARCÍA DE ENTERRÍA opone que el riesgo de pobreza de una interpretación exegética y literalista (que caracteriza la jurisprudencia tradicional) “es ingenuo creer que no existe cuando lo que se aplican son leyes de alto nivel técnico, que son, quizás más que ningunas, fácilmente resecable por una disposición interpretativa de ese tenor”²⁹.

²⁶ CARNELUTTI, “Metodología del Derecho”, México, 1940, pág. 16

²⁷ GARRIDO FALLA, “La Administración y el método jurídico”, R.A.P. núm. 35., págs. 45 y ss.; incorporado a su libro “Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (Método jurídico y ciencia de la Administración)”, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961. Vid. también “Tratado...”, cit., págs. 188 y s. del vol. I, donde resume su posición frente a las críticas recibidas.

²⁸ GARRIDO FALLA, “Tratado...”, cit., pág. 189.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley...”, cit., pág. 212, nota 88.

B. EL MÉTODO HISTÓRICO: NEGACIÓN DE LA ESTATALIDAD DEL DERECHO Y AFIRMACIÓN DE LA COSTUMBRE

Ha destacado VERDROS³⁰ la evolución de pensamiento que determina el descubrimiento del mundo histórico, que encontraría su expresión en el campo del Derecho, en la llamada Escuela Histórica del Derecho, cuyo máximo representante fue SAVIGNY. En dicha evolución, VICO reaccionó contra el desprecio cartesiano por la historia, y contra los partidarios de la doctrina racionalista del Derecho natural que sólo atendieron al momento histórico en que vivieron; MONTESQUIEU, condicionó el contenido del Derecho al clima, suelo y estilo de vida de los pueblos, realzando el principio de la “naturalidad de las cosas”; HERDER, afirmó que el Derecho no es tan sólo el que dicta el Estado, sino el orden jurídico producido por el pueblo en forma natural; y MOSER defendió una doctrina histórica del Estado. Con esas concepciones enlaza la obra de SAVIGNY, en cuyo ensayo “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho” (1814), afirmó frente a la propuesta de THIBAUT de sustituir el Derecho vigente por un código nuevo, que “el derecho es ante todo un producto de las costumbres y de las convicciones del pueblo y sólo posteriormente el resultado de la jurisprudencia, de tal manera que es siempre y en todo momento la consecuencia de la acción de fuerzas internas espontáneas y nunca la creación del arbitrio de un legislador”³¹. Sin detrimento de esa esencial fuente popular del Derecho, existe un esfuerzo científico, de exposición sistemática en forma lógica de conceptos, que corresponde a los jurisconsultos, en virtud –decía SAVIGNY– de la necesaria división de trabajo y puesto que el desarrollo de ese Derecho que antes vivía en la conciencia del pueblo, no permite que su conocimiento sea accesible a todos los miembros de la nación. “Los jurisconsultos –concluía– ejercen sobre el derecho una doble acción: la una, creadora y directa, pues reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nación, desenvuelven el derecho, como representantes de la nación; la otra, puramente científica, pues se apoderan del derecho, cualquiera que sea su origen **para recomponerlo y traducirlo en una**

³⁰ VERDROS, A., “La filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas”, Traducción española con adiciones del autor de su obra publicada en 1958; y esta traducción en México, 1962, págs. 239 y ss. Sobre el carácter histórico de las ciencias sociales, vid. KAUFMANN, F., “Metodología de las Ciencias Sociales”, México, 1946.

³¹ SAVIGNY, “De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho”, traducción española. La España moderna, pág. 3.

forma lógica...³². Estas últimas palabras definen el sentido del elemento “sistemático”, que, como ahora comprobaremos, asoció este fundador de la “Revista para la Ciencia Histórica del Derecho” (1815), con el elemento histórico.

En la obra de SAVIGNY descubre LARENZ una evolución desde su etapa de juventud a la de madurez. A juicio del Catedrático de Munich³³ el resumen de la misma debe destacar los siguientes puntos:

Combinación del método “histórico” y del “sistemático”; el primero, contempla el nacimiento de cada ley dentro de una determinada situación histórica; el segundo, pretende concebir la totalidad de las normas jurídicas y los institutos jurídicos en que se basan como un todo conexo.

Tránsito de la concepción del sistema jurídico sólo como sistema de reglas jurídicas unidas entre sí por una vinculación lógica, en la que las especiales son resultantes de las generales (etapa de juventud); a una concepción de madurez en la que se basa en la conexión **orgánica de los institutos jurídicos vivos** en la conciencia general: “las reglas jurídicas individuales son inferidas sólo posteriormente, mediante una “abstracción”, de los institutos” (etapa de madurez).

Tránsito de una defensa de la vinculación a la letra de la ley (etapa de juventud), a una inclinación “por una más intensa consideración del fin de la ley y de la conexión de sentido que viene dada en la contemplación total del instituto” (etapa de madurez).

Lo que más ha influido de la obra de SAVIGNY ha sido la concepción histórica, y su sentido de sistema **científico** como conjunto de conceptos jurídicos. En expresión de HERNÁNDEZ GIL, los postulados generales de éste método histórico son: “1°. Empirismo: el derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia...; 2°. Causalidad y determinismo: todo fenómeno tiene una causa (y así el Derecho); 3°. Irracionalismo y relativismo: El derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive, en constante producirse, hacerse y rehacerse; sometido, pues, a mutaciones que nada respetan”³⁴.

³² SAVIGNY, “Sistema del Derecho romano actual”, traduc. Española de Messia y Poley, I, págs. 47 y s.

³³ LARENZ, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, cit. Pág. 32.

³⁴ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología...”, cit., pág. 95.

La influencia de SAVIGNY en las elaboraciones posteriores es notable, principalmente en la construcción de la “jurisprudencia de conceptos”. La investigación jurídica se somete a partir de él, a unas reglas determinadas: en presencia de una institución jurídica, se busca su origen y se traza la evolución, criticando las fuentes y separando el elemento romano y el germánico; se exponen y critican las opiniones doctrinales; se llega a un concepto definitivo; después se entronca con un todo orgánico, buscando su naturaleza jurídica, mediante su identificación con categoría jurídica típica; finalmente, se la contempla desde perspectiva dinámica, estudiando, nacimiento, adquisición, modificación, pérdida y extinción de derechos y deberes.

Si nos detenemos ahora a considerar la influencia de esta escuela en el Derecho Administrativo, la primera consecuencia es afirmar la imposibilidad de basar exclusivamente en ella su construcción. La ciencia del Derecho Administrativo, sin embargo, ha saltado de un método exegético originario a un método lógico-jurídico, sin haber atravesado entremedio una fase de elaboración histórica. Parecía tan próxima su fecha de nacimiento, tan original su naturaleza y figura, y tan apegada a la concreta realidad del Derecho de cada Estado; que no paró mientes en la importancia de buscar sus raíces más allá incluso del período histórico antecedente al que radicalmente se enfrentaba. No tuvo, pues, auge el método histórico. Y, por otra parte, tampoco lo tuvo el elemento consuetudinario: la aspiración a un sistema de normas escritas en el que se predetermina la vida de la Administración ha dado poco margen a la costumbre, o al menos ha cerrado el paso a una consideración del verdadero valor atribuible a la costumbre en el Derecho Administrativo.

Tanto en uno como en otro elemento –método histórico y costumbre–, asistimos hoy a una importante evolución, para aguda en cuanto al primero, que en cuanto a la segunda. La recepción del método histórico en nuestra ciencia jurídico-administrativa está produciendo insospechados frutos. En poco menos de treinta años, que han transcurrido desde que nuestros administrativistas iniciaran el interés por volverse hacia la historia, hemos podido conocer las primeras aportaciones a nuestra ciencia en los siglos XVIII y XIX, la existencia de instituciones y perfiles propios de nuestro Derecho Administrativo (como la significación del fomento): el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa y su problemática; las primeras experiencias de empresas públicas; las profundas raíces de muchas técnicas jurídicas actuales y de instituciones que parecían no tener historia; y que, desde esta nueva perspectiva han adquirido sentido, fijeza y pureza, al quedar despegadas del concreto entorno para manifestarse en su completo sentido técnico-jurídico.

No puede decirse otro tanto sobre el estudio de la costumbre, que sigue considerada como fuente de escasa relevancia en el Derecho Administrativo. A nuestro juicio, es muy importante volver sobre este tema en nuestros días, sobre todo por lo que se refiere a la “consuetudo Abrogatoria”³⁵, y la elaboración de un concepto de desuso, y su control, que presenta características singulares en nuestra disciplina, supuesto que muchas disposiciones quedan sin cumplir, “extinguidas” por su sentido coyuntural, y no derogadas expresamente, eludidas, etc. No es, sin embargo, este es el lugar para realizar dicho estudio.

C. EL MÉTODO LÓGICO-JURÍDICO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LOS EXCESOS DEL FORMALISMO Y SU REVISIÓN. DOCTRINA ESPAÑOLA

La importancia de la “jurisprudencia de los conceptos” como conjunto de direcciones metodológicas llevadas por IHERING y WINDSCHEID a su máxima expresión, es muy destacada en el Derecho Administrativo porque, precisamente, sus planteamientos sirvieron para la construcción jurídica del mismo. Podemos decir que esa metodología lógico-jurídica sirvió de férula para sostener un primer esqueleto de ciencia **jurídica** administrativa. Se trata de una aplicación de la lógica formal para, por vía de abstracción, componer un sistema de conceptos en base todo ello del Derecho positivo, y sin consideración de elementos extrajurídicos (políticos, económicos, etc.). El positivismo es, pues, la base de toda la doctrina. El origen del método del pensamiento formal-conceptual (como “pirámide de conceptos”) en la ciencia jurídica, lo encuentra LARENZ en la obra de PUCHTA, que en este punto se aparta de SAVIGNY. “La tarea de la ciencia –según PUCHTA³⁶– es la de llegar a conocer las proposiciones jurídicas en su conexión sistemática –como condicionándose mutuamente y procediendo cada una de la otra–, a fin de poder elevarse desde las proposiciones hasta su principio y de poder descender también desde los principios hasta sus peldaños más inferiores”.

La figura de IHERING destaca en la elaboración de esta metodología, que, en su primera fase, él mismo calificó de “método histórico-natural”; pero después se convirtió en agudo crítico de la jurisprudencia de los conceptos,

³⁵ FORSTHOFF, “Tratado...”, cit., pág. 213, donde critica a MAYER.

³⁶ LARENZ, “Metodología...”, cit., pág. 35.

evolucionando hacia una posición pragmática, en la que realiza el fin, y que va a ser la base de la “jurisprudencia de intereses”, es decir, la reacción contra la “Begriffjurisprudenz”. Interesa, sin embargo, pese a su apostasía, conocer en sus líneas maestras el pensamiento del autor en aquella su primera etapa.

Comparaba IHERING la tarea de la construcción jurídica en la elaboración de los conceptos y de los “cuerpos jurídicos”, con el esfuerzo de análisis y abstracción seguido para el descubrimiento del alfabeto, y con la química. El proceso lógico de dicha tarea de la técnica jurídica requiere, a su juicio³⁷ una “simplificación cuantitativa” y una “simplificación cualitativa”, selección de materiales y construcción, análisis, concentración y construcción. La simplificación cuantitativa requiere, pues, operaciones lógicas de análisis de la materia y concentración lógica (hallazgo de principios y fórmulas que compendien los datos singulares); y como técnicas auxiliares de esas dos fundamentales, el conseguir un orden sistemático de la materia (mediante clasificación de los materiales), aplicar una adecuada terminología jurídica (porque las verdades sin expresión técnica son como las monedas que no han recibido el cuño: ni una ni otras entran en circulación), y emplear hábilmente lo que existe (economía jurídica). La simplificación cualitativa supone la construcción jurídica, que se consigue previa una labor de interpretación, y desemboca en un sistema, siguiendo tres leyes: “la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo”, “falta de contradicción o unidad sistemática”, “la ley de la belleza jurídica”: “La construcción es más sencilla cuanto es más perfecta; es decir, más clara, transparente y natural; porque la extrema sencillez en este punto es la manifestación suprema del arte... La construcción es clara cuando hace la relación de que se trata fácil y accesible a nuestra inteligencia; es transparente si el asunto que entraña aparece con claridad en todas sus consecuencias, como la noción de la persona jurídica; y es natural cuando la construcción no pretende derogar ni destruir los fenómenos del mundo físico o intelectual”. En la crítica de IHERING destaca LARENZ las inconsistencias derivadas del “lenguaje pseudocientífico conatural” aplicado a los “cuerpos jurídicos”, porque “en realidad los conceptos jurídicos elementales no “existen” del mismo modo que “existen” (“teniendo validez”) las normas jurídicas, sino que sólo tienen –junto con todas las proposiciones que se consigan en base a ellos mediante deducciones– un valor declarativo teórico; éste se puede valorar todo lo alto que se quiera, pero de ahí no se deduce nada para una validez de estas proposiciones como normas preceptivas”³⁸.

³⁷ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología...”, cit., pág. 134.

³⁸ LARENZ, ob. cit., pág. 42.

La jurisprudencia de los conceptos encontró su formulación más acabada en WINDSCHEID. Para él los conceptos jurídicos tienen un cometido práctico y científico, se utilizan para la aplicación del derecho y para la elaboración del sistema; unos tienen por objeto los presupuestos de hecho de los derechos; otros, los derechos mismos o algunas de sus notas o características³⁹. Es muy interesante la apreciación de LARENZ que, al denunciar la falta de reflejo de la sustancia espiritual de los institutos jurídicos y del Derecho general a que conduce el pensamiento abstracto-conceptual, advierte: “Sólo porque esta substancia, tácitamente, sigue siendo presupuesta por WINDSCHEID en gran medida –es decir, sólo porque, en realidad, él mismo y el lector vinculan con sus conceptos (como derecho subjetivo y sujeto del Derecho) algo más de lo que la definición dice– se adapta la materia al sistema, sólo por ello salen bien, por lo menos aparentemente, las cuencas”⁴⁰. El fenómeno ha sido destacado entre nosotros por DE CASTRO y lo verifica en la obra de OTTO MAYER, GARCÍA DE ENTERRÍA⁴¹. Según el ilustre civilista, “si los dislates cometidos no son más, se debe al gran sentido práctico de los mejores juristas, que intuitivamente fueron infieles a sus postulados y a seguir, sin confesarlo, los criterios que aconsejaban los principios morales, políticos o sociales”⁴².

Bajo la influencia de esta metodología se inició la construcción jurídica del Derecho Administrativo, la “recepción del método jurídico” en nuestra disciplina⁴³. La insuficiente contribución de la exégesis, de una parte; y la mezcolanza de materias y métodos que significaba la ciencia de la Administración, continuadora de la ciencia de la policía; hacía del Derecho Administrativo uno de los campos más fértiles para que germinara el método lógico-jurídico, que venía ya avalado en sus primeras aplicaciones al Derecho público, por ALBRECHT y GERBER, y, muy decisivamente, por LABAND⁴⁴ y JE-

³⁹ HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 159.

⁴⁰ LARENZ, ob. cit., pág. 46.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley...”, cit., pág. 206, nota 66.

⁴² DE CASTRO, “Derecho Civil de España”, ob. cit., pág. 500.

⁴³ GARRIDO FALLA, “Tratado...”, cit., sobre la recepción del método jurídico, págs. 175 y ss. del vol. I.

⁴⁴ LABAND, “Le droit public de L’Empire Allemand”, T. I, París, 1900.

LLINEK⁴⁵. Se desarrolla, así, una poderosa y auténtica ciencia jurídico-administrativa en las obras de MAYER, FLEINER, ORLANDO, D'ALESSIO, ROMANO, ZANOBINI, GASCÓN Y MARÍN, ROYO VILLANOVA, GARCÍA OVIEDO, CAETANO, etc. Fácil brota el entusiasmo de los primeros cultivadores por el nuevo camino. LABAND –de quien dirá LARNAUDE⁴⁶ que construyó el Imperio y sus derechos a golpe de razonamientos, argumentos y teorías jurídicas, despreocupado de la historia, la economía, la filosofía y la política–, describía el método jurídico como análisis de las relaciones jurídicas, determinación de su naturaleza jurídica y de los principios generales a que obedecen, y deducción de consecuencias. No menospreciaba los estudios extrajurídicos (históricos, filosóficos y políticos) aún sobre cuestiones de Derecho público; pero consideraba que no eran preocupación del jurista, que debía superar el diletantismo sobre ellas y la mera compulsión de leyes, para adentrarse en el riguroso trabajo sistemático, con empleo de la lógica, analizar las formas jurídicas, reunir los principios generales y las nociones particulares deduciendo de ellos sus consecuencias. “Découvrir les principes généraux n'est pas toute la tâche qui s'impose; il faut encore développer les conséquences qui découlent des principes découverts et meter en limière leur concordance avec les institutions réellement en vigueur et les prescriptions positives des lois”⁴⁷.

El magisterio de LABAND determinó el método jurídico del “Derecho Administrativo alemán”, de MAYER, en cuyo prefacio lo reconoce: “He ensayado seguir un sistema puramente jurídico, poco más o menos como lo ha hecho Laband para el derecho público del Imperio Alemán”. Por este método ha sido posibles extraer de entre los distintos elementos que antes integraban el Derecho Administrativo, el elemento formal, coordinándose las varias instituciones de esta disciplina, merced al rigor de una técnica jurídica que ha producido la sistematización jurídica de esta ciencia. Por vez primera está basada en las relaciones jurídicas del sistema, sin preocupaciones sociológicas y políticas, y así se afirma la independencia de las instituciones administrativas, desprendiéndose de su tradicional y vetusta adherencia al viejo tronco del Derecho privado⁴⁸. Y en esta misma directriz se destaca en la obra de FLEINER, en

⁴⁵ JELLINEK, “Allgemeine Staatslehre”, traducción española, cit., (1974).

⁴⁶ LARNAUDE, “Le Droit publique. Sa conception. Sa méthode”, en “Les méthodes juridiques”, París, 1911, y Prólogo al libro de LABAND.

⁴⁷ LABAND, “Le droit public...”, cit., pág. 3.

⁴⁸ MAYER, O., “Derecho Administrativo alemán”, tomo I, Buenos Aires, 1949, pág. XXIV.

la que hace un compendiado relato de las distintas etapas metodológicas de la disciplina desde el Estado-policía, y destaca la utilidad de reducir a sencillas fórmulas jurídicas fundamentales las complejas relaciones. “Con la formulación de estas ideas del Derecho –concluía– se logra aquella gran simplificación que pone al juez y al funcionario administrativo en situación de obrar adecuadamente siempre que se presente una relación jurídica nueva acerca de la cual nada diga la ley⁴⁹.”

En Italia es ORLANDO quien ya en 1885 denuncia el exceso de filosofía, política e historia, y el defecto de ciencia jurídica, entre los publicistas⁵⁰. A partir de entonces se ha desarrollado el método dogmático, llegando –como denuncia GARRIDO FALLA– a excesos de abstracción y formalismo jurídico, “donde la realidad aparece contemplada desde muy lejanos horizontes”⁵¹. SANTI ROMANO constataba que “si hasta ahora el Derecho Administrativo ha sido estimado como un laberinto intrincado, se debe a que se creyó función del administrativista el estudio, no sólo de los principios de Derecho, sino también de los infinitos casos a que estos se aplican, lo que es imposible e inútil”⁵²; si bien más adelante considerase la colaboración necesaria de otras ciencias no jurídicas, y propugnara una aplicación del método jurídico en el Derecho público muy diversa a la que se hacía en Derecho privado⁵³.

Para ZANOBINI, “el jurista no debe ignorar los elementos esenciales que justifican la formación del derecho y determinan su utilidad práctica. Puede, a veces, servirse de ellos para mejor pesquisar el valor y la importancia de cada institución. Esto debe decirse particularmente con respecto al derecho administrativo, donde la investigación del fin de la ley tiene, como veremos, buena parte en su interpretación y aplicación. Pese a todo ello, es evidente que el

⁴⁹ FLEINER, F., “Instituciones de Derecho Administrativo”, traducción de ÁLVAREZ GENDIN, 1933, pág. 38.

⁵⁰ ORLANDO, “Scritti varii”, “I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto pubblico”, págs. 3 y ss. También, RANELLETTI, “Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera”, Riv. Trim. Di Diritto pubblico”, 1954, págs. 281 y ss.

⁵¹ GARRIDO FALLA, “Tratado...”, cit., pág. 182.

⁵² SANTI ROMANO, “Principii di Diritto amministrativo italiano”, Milano, 1912, págs. 12 y s.

⁵³ SANTI ROMANO, “Principii di Diritto costituzionale generale”, Milano, 1947, págs. 21 y ss.

estudioso no debe sustituir por dichos elementos sustanciales a los puramente lógicos, interpretativos y constructivos, con los que se integra el sistema científico de la investigación jurídica”. De aquí, que distinga entre una parte general, inspirada por el criterio constructivo, y una parte especial, informada por el método descriptivo⁵⁴.

En Portugal introduce el método constructivo, lógico formal, CAETANO, basándose en el criterio de la relación jurídica⁵⁵. Y en España, aunque conscientes de la necesidad de reducir sus excesos, se adopta el método contractivo a partir del presente siglo, destacando las obras de ROYA VILLANVA, GASCÓN Y MARÍN, FERNÁNDEZ DE VELASCO, GARCÍA OVIEDO, etc. Este último no excluye unas referencias al contenido social de la problemática fundamental de las instituciones, sobre todo en la consideración de las particulares manifestaciones de la actividad administrativa, aunque preponderantemente utiliza el método jurídico, “pues la consideración jurídica de las instituciones administrativas, el análisis de las relaciones a que dan lugar, la determinación de los principios que informan y rigen la función de administrar, la sistematización lógica de esta trama constituye el fin cardinal del Derecho administrativo”⁵⁶.

Estas expresiones, y las advertencias de GASCÓN Y MARÍN contra los excesos de la construcción dogmática, indican la moderación con que fue acogida entre nosotros, a tal punto que GARRIDO FALLA ha denunciado una falta de pureza metodológica⁵⁷.

Pero la expresión máxima de los excesos formalistas, como última consecuencia de esta dirección metodológica, se produce por la obra de KELSEN –cabeza de la escuela vienesa– que iba a ser trasplantada al Derecho Administrativo por MERKL. Muestras hemos ofrecido ya de este pensamiento en otras partes de esta Memoria, e interesa ahora sintetizar su posición metodológica de base. En el cimiento de la concepción kelseniana se encuentra la separación

⁵⁴ ZANOBINI, “Curso...”, cit., págs. 72 y ss.

⁵⁵ CAETANO, “O problema do metodo no direito administrativo”, separada de “O direito”, 1948; y “Tratado de Derecho Administrativo”, edición española de LÓPEZ RODO. Vid. prólogo.

⁵⁶ GARCÍA OVIEDO–MARTÍNEZ USEROS, “Derecho Administrativo”, cit., págs. 109 y s.

⁵⁷ GARRIDO FALLA, “Dos métodos...”, cit., pág. 88.

entre el “ser” y el “deber ser”⁵⁸. Las ciencias del ser –explica VERDROSS– son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto ya no es el ser, sino el deber ser. A este grupo pertenece la ciencia del Derecho.

El “deber ser” no es un valor ético, sino una forma de pensar. Debe, pues, separarse la ciencia del Derecho, como teoría del Derecho positivo, de la ética, de la sociología, de la psicología; para conseguir la “pureza del método”. La ciencia del Derecho es normativa porque se basa en el enlace mental de un hecho con una consecuencia jurídica, fenómeno que KELSEN califica de “imputación”. La norma, pues, no es más que un juicio hipotético, alejado de todo contenido, como molde donde se vaciarán los concretos mandamientos; juicio cuya estructura es: si T (“Tatbestand”) es, debe ser Z (“Zwangsfolge”). Junto a este esquema lógico-formal que permite elaborar los conceptos “estáticos” fundamentales (como deber jurídico, pretensión, sanción, persona); KELSEN elaboró un aspecto dinámico para explicar la creación del Derecho en un orden escalonado, descendente, piramidal, que va de la constitución a la ley, de esta al reglamento, a la sentencia judicial y a la decisión administrativa, y de ahí al acto de ejecución. Pero la norma fundamental que es la cúspide de la teoría pura del derecho, no está ligada a ningún concepto ético, iusnatural, o de valor; sino que se trata de una suposición, como hipótesis del pensamiento, de que se impone la norma de que “debe obedecerse a la autoidad de la comunidad”.

Bajo la inspiración de esta metodología construye MERKL su “Teoría general del Derecho Administrativo”, con una consciente explicación en el prólogo de la misma. Lo que pretende elaborar un Derecho administrativo general “como abstracción a base de los parciales ordenamientos jurídico-administrativos concretos”, lo mismo que “la teoría general del Estado es entendida como abstracción a base de los parciales ordenamientos jurídico-políticos concretos”; porque “la tarea propia de una disciplina especial del derecho administrativo será ofrecernos lo específico de cada uno de los derechos administrativos y lo típico de un gran número de ordenamientos jurídico-administrativo”. Es consciente de la objeción ya repetida, “de que el método jurídico, que en la ocasión suele ser calificado de formalista, no es fiel a toda la riqueza

⁵⁸ VERDROSS, “La filosofía del Derecho...”, cit., págs. 286 y ss. a quien seguimos en la exposición de la teoría pura del Derecho.

za de la vida. Al parecer, donde se vería más claramente la insuficiencia de semejante estilo científico es, precisamente, en la administración, una función estatal tan rica en facetas, y en la que, junto al fin de poder, asoma el fin cultural, en formas cada vez más complejas y fecundas. Pero una ciencia jurídica no tiene por qué ocuparse de los contenidos culturales; su mirada se dirige, por decirlo así, a la cáscara y no al grano. No obstante, al representar en toda su pureza las formas con que los contenidos culturales deben revestirse, sirve a éstos de manera mediata”.

Destaca RECASENS SICHES la discusión mundial suscitada por la teoría pura del Derecho, y las muy abundantes críticas de que ha sido objeto; pero apunta en su haber; el valor de sus críticas sobre las doctrinas dominantes en la época prekelseniana, su influjo como vigoroso estímulo para otros pensadores jurídicos; y sus logros en varios temas centrales como la imputación jurídica, el concepto jurídico de persona, el deber jurídico y la voluntad jurídica⁵⁹.

Expuestas en sus líneas generales estas tendencias metodológicas conceptualistas y formalistas, que tan decisivamente influyeron en la construcción del Derecho Administrativo como auténtica ciencia jurídica, es momento de detenerse en la crisis actual del método lógico-formal y de su positivismo de base, pues, como ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA, “el problema del método está hoy planteado alrededor de una cuestión básica que domina todo el panorama actual de la ciencia jurídica, la revisión del positivismo legalista que ha prevalecido durante el último siglo y medio de la ciencia jurídica”⁶⁰. En síntesis las notas características atribuidas al Estado de Derecho asentado en dichas premisas son, a juicio de GARRIDO FALLA⁶¹ el formalismo (neutralismo ideológico), el positivismo (“sólo vale como Derecho aquello que expresamente se contiene en un precepto legal dictado por el órgano competente”); y la subordinación del juez con respecto al legislador (“puesto que el juez no crea el Derecho, sino que se limita aplicar el anteriormente elaborado por el legislador, su misión pierde importancia y se hace subordinada”). Estas notas, explica GARRIDO⁶², han sido revisadas por la reacción antiformalista, que

⁵⁹ RECASENS SICHES, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, tomo I, págs. 187 y s., México, 1963.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley...”, cit., pág. 191.

⁶¹ GARRIDO FALLA, “Dos métodos...”, págs. 21 a 60.

⁶² GARRIDO FALLA, “Dos métodos...”, pág.25.

afirma una quiebra del positivismo por consecuencia de la pérdida de la fe en el valor de la ley escrita, la insuficiencia de la exégesis, y la existencia de un Derecho supra-legal que vendría a colocar a los Tribunales en una situación autónoma respecto de la Ley escrita. A juicio de GARRIDO no deben exagerarse estas críticas y es necesario reconocer con prudencia lo bueno que existe en el sistema en revisión y su potencialidad real para facilitar una evolución. El formalismo no ha sido tan absoluto, cuando se han consagrado los derechos naturales de los ciudadanos; es posible, pues, encontrar valores iusnaturalistas acogidos por el sistema legal que realza el positivismo, y en todo caso nuestro Derecho Administrativo, que no es obra de la jurisprudencia (como el francés), descansa sobre la ley, a la que está subordinado el juez, pero sin olvidar el espiritualismo incorporado por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Junto a ello, en la determinación del contenido de la norma, reconoce la influencia de un triple condicionamiento: el Derecho natural, las exigencias de la realidad y de la propia ciencia jurídica, aunque ésta tenga como tarea principal la interpretación del Derecho.

Esta posición de GARRIDO FALLA ha sido criticada, para reducirla a justas proporciones, por GARCÍA DE ENTERRÍA⁶³ quien rechaza una rehabilitación de los dogmas positivistas, ya que, a juicio, “fueron abandonados antes por su falta de funcionamiento efectivo que por virtud de posiciones de principio”. Esta es su conclusión después de analizar las siguientes quiebras del positivismo legalista: 1) la evolución de la vida social es más rica que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador, y esto plantea la necesidad de desvincular al Derecho como monopolio de la voluntad estatal, ya que ni siquiera la ficción de la “expansión lógica” en caso de lagunas es suficiente; 2) es prueba de ello la inadecuación de la exégesis, que se vio precisada a trasladar la indagación de la “voluntas legislatoris” a la “voluntas legis”, lo que hace a la ley una expresión de algo más profundo: los principios generales, que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular estas en el sistema general del ordenamiento; 4) se ha producido una desvalorización moral y social de la ley como técnica de gobierno humano. Por todo ello concluye GARCÍA DE ENTERRÍA afirmando la jurisprudencia principal, especialmente urgida además por la contextura móvil y abierta del Derecho Administrativo, y técnicamente utilizada, para lo que le sirve de ayuda el pensamiento tópico, en la formulación de VIEHWEG, que luego analizaremos.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley...”, cit., págs.191 y ss.

Vamos, pues, ahora a detenernos en el sociologismo y la jurisprudencia de los intereses, anotando aquí simplemente la importancia de la escuela científica francesa (GENY), en la que no nos detenemos porque, siguiendo el criterio de HERNÁNDEZ GIL⁶⁴, consideramos más adecuado incluir el pensamiento de sus representantes iuspublicistas (DUGUIT, HAURIOU y JEZE) dentro del sociologismo jurídico, que al menos les sirve de ingrediente.

D. LA JURISPRUDENCIA DE LOS INTERESES COMO PRIMADO DE LA EXPERIENCIA VITAL

El predicamento adquirido por la jurisprudencia de los intereses está, a nuestro juicio, en desproporción con la hondura de su construcción científica; queremos decir que es un producto de fácil empirismo, revestido de una terminología poco rigurosa, hasta el punto de que continuamente se han visto forzados HECK –iniciador de la teoría– y sus seguidores, a explicar el sentido del término “intereses” y la expresión “exigencia de la vida”. Empero, aquel predicamento es un hecho, que LARENZ explica, en definitiva, en la práctica jurídica alemana, por el alivio que proporcionaba al juez dicha corriente metodológica, sustituyendo el método de una subsunción en los rígidos conceptos legales por el método de examen ponderador de un hecho complejo y de los intereses que entran en juego⁶⁵. En definitiva, el éxito se debe a que abrió un respiro en el esquema asfixiante de la jurisprudencia de conceptos; de aquí que se defina su misión como la de “aliviar la función del juez, preparando mediante la investigación de la ley u de las relaciones de la vida, la decisión adecuada”.

La llamada Escuela de Tubinga, con la jefatura de HECK y las obras de RUMELIN y STAMPE, tiene su precedente en la jurisprudencia pragmática de la etapa revisionista de IHERING, y se trata de una reacción frente a la “jurisprudencia de los conceptos”⁶⁶. La más explicativa obra de HECK, “Das problem der Rechtsgewinnung”– traducida con prólogo de PUIG BRUTAU⁶⁷–,

⁶⁴ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología...”, cit., pág. 231 del T. I.

⁶⁵ LARENZ, “Metodología...”, cit., pág. 74.

⁶⁶ COSSÍO, A., “Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de los intereses”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, págs. 463 y ss.

⁶⁷ HECK, Ph., “Das problem der Rechtsgewinnung”, 1912, traducción española, “El problema de la creación del Derecho”, Barcelona, 1961; que seguimos en la exposición del texto, especialmente en sus págs. 68 y ss.

sale al paso de algunas de las malas interpretaciones que se habían hecho de sus términos principales. “La característica peculiar de esta tendencia consiste en que utiliza como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de nociones que están en conexión con él: estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc.”. El término “interés” se emplea en sentido amplio; la vida plantea exigencias a la invención jurídica; dichas exigencias son posiciones reivindicativas o de deseo. “Utilizamos, pues, –decía HECK– la palabra interés para designar cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado: hablamos hoy no sólo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos. La objetiva especificidad de la jurisprudencia de intereses consiste en el esfuerzo de principio por reducir las nociones normativas que constituyen el derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas, por colmar las lagunas de la ley teniendo en consideración todas las disposiciones reivindicativas afectadas en cada caso. Este objetivo esfuerzo tiene su justificación objetiva en el hecho de que la formación del derecho está empíricamente determinada por disposiciones reivindicativas –ley y costumbre– y por el hecho de que la jurisprudencia aspira a satisfacer los deseos que se presentan en la vida”⁶⁸. Especial importancia tiene la posición que al juez asigna la jurisprudencia de intereses; lo que según destacamos fue causa decisiva de su predicamento. LARENZ resume este punto con especial agudez: “La jurisprudencia de los intereses, al ordenar al juez que lleve hasta el final, respecto del caso a decidir, los juicios de valor contenidos en la ley, ha influido liberadoramente y fructíferamente –sin por ello quebrar realmente las barreras del positivismo– en una generación de juristas que había sido educada en el pensamiento formal y en el positivismo legal estricto. Tanto más cuanto que recomienda también el mismo procedimiento para completar las lagunas de la ley, abriendo así al juez la posibilidad de desenvolver el Derecho “con fidelidad a la ley” y, no obstante, de acuerdo con las necesidades de la vida”⁶⁹.

Aparte de su valoración y crítica generales, lo que a nosotros nos interesa es inquirir sobre las posibilidades aplicativas de esta tendencia metodológica en el Derecho Administrativo. Tradicionalmente los estudiosos de la materia han admitido su aplicación al Derecho privado, especialmente al Derecho mer-

⁶⁸ HECK, *Ibidem*, Págs. 70 y s.

⁶⁹ LARENZ, *ob. cit.*, pág. 68.

cantil; pero no al Derecho público, porque “sólo puede hablarse de un conflicto de intereses cuando éstos se hallen entre sí en un plano de igualdad, es decir, que sean equivalentes en el sentido de que se trate de intereses particulares de naturaleza privada o de naturaleza pública, pues no cabe un conflicto entre intereses particulares y generales, sino de subordinación de los primeros a los segundos⁷⁰”.

Entre nosotros defiende la jurisprudencia de intereses en el Derecho Administrativo GARRIDO FALLA. Es preciso, sin embargo, hacer las justas maticaciones con que ha explicado su pensamiento al respecto. Partiendo de un concepto amplio de servicio público como equivalente a interés público, GARRIDO expresó la idea de que tanto “en la construcción teórica, así como en la aplicación jurisdiccional del Derecho administrativo, se debe utilizar el método característico de una “jurisprudencia de intereses”. El interés específico a tener en cuenta en estos casos sería el interés público, o sea, continuando con la terminología adoptada, el servicio público. El servicio público desempeñaría el papel de un standard de interpretación”⁷¹. Posteriormente, saliendo al paso de las críticas, reafirmó la idea invocando como argumentos de autoridad concurrentes con la prevalencia del interés administrativo, párrafos de LATOURNERIE, VITTA y BOBBIO con referencia a ORLANDO, y destacando que la crítica a la jurisprudencia de intereses en Derecho privado no tiene que aplicarse a su introducción en el Derecho Administrativo, pues en éste el interés de la Administración es prevalente, en cuanto interés público, que engloba los intereses de cada uno de los ciudadanos que forman parte del Estado; finalmente al ser el concepto de interés público una noción contingente, se permite integrarlo en cada momento, con lo que permite que el Derecho administrativo se encuentre siempre a la altura de las circunstancias⁷². Esta explicación fue criticada por GONZÁLEZ PÉREZ, aún reconociendo la extraordinaria relevancia de la composición de intereses en las relaciones jurídico-administrativas; pero advierte que el interés a que aludía la Escuela de Tubinga no es el fin de la norma, o el fin del Derecho, como ocurre en el caso del Derecho Administrativo con la expresión “interés público”; sino las

⁷⁰ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología...”, cit., pág. 312.

⁷¹ GARRIDO FALLA, “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, R.A.P. núm. 7, pág. 45.

⁷² GARRIDO FALLA, “Las transformaciones del régimen administrativo”, edición 1954, págs. 81 y ss.

apetencias o intereses que mueven al hombre a actuar; por lo que sólo la identidad de términos (“interés”, “interés público”) y en el común origen de las direcciones teleológicas y la jurisprudencia de intereses, puede encontrarse la explicación a la confusión de GARRIDO⁷³. Este a reaccionado contra dicha crítica, considerando que GONZÁLEZ PÉREZ reconoce que la finalidad de las normas jurídico–administrativas es el interés público. Pero antes, GARRIDO matiza su posición, cuando, tras recoger la recta idea de FORSTHOFF de que no deben identificarse método teleológico y la jurisprudencia de intereses, dice textualmente: “Pero cuando nosotros hablamos de la jurisprudencia de intereses no estamos aceptando sin más esa postura metodológica con el valor entendido que en el Derecho privado representa; fundamentalmente la expresión no tiene aquí sino un sentido analógico”⁷⁴. En tal caso, creemos, que lo que se está destacando es el elemento teleológico –interés público– en la construcción e interpretación del Derecho Administrativo, idea con la que estamos en completo acuerdo, aunque no la estimamos comprensiva de toda la respuesta necesaria a la cuestión metodológica en nuestra disciplina.

E. EL SOCIOLOGISMO JURÍDICO Y LA SOCIOLOGÍA COMO DATO AUXILIAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al igual que la jurisprudencia de intereses, el sociologismo jurídico es un intento de superación de las aporías del conceptualismo y formalismos jurídicos. En lugar de dirigirse hacia un orden superior de principios (Derecho natural), el sociologismo se centra en la realidad de los hechos sociales como auténtica infraestructura del Derecho. Para ello se nutre del método de investigación sociológica, propugnando la conversión del jurista en un sociólogo. Pero el sociologismo es algo más que la sociología del Derecho. Como expresa HERNÁNDEZ GIL⁷⁵ existe entre aquél y ésta la misma diferencia que entre el historicismo jurídico y la Historia del Derecho: no se trata de estudiar el Derecho desde el punto de vista de la sociología, sino en reducir todo el hacer del jurista a la investigación sociológica del Derecho, concibiendo a este como un mero hecho social. De aquí que destaquemos en el epígrafe la separación

⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, “El método en el Derecho Administrativo”, R.A.P. núm. 22, págs. 68 y s.

⁷⁴ GARRIDO FALLA, “Tratado...”, cit., págs. 187 a 189, especialmente notas 61 y 62, de la 4ª ed., del vol. 1º.

⁷⁵ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología...”, cit., pág. 266.

entre el verdadero sociologismo y el estudio sociológico como dato auxiliar para la investigación jurídica. Sólo con este último sentido, más o menos ampliado, se encuentra la perspectiva sociológica como ingrediente de las construcciones de los iuspublicistas, especialmente de las obras de DUGUIT, HAURIUO y JEZE; por lo que, en puridad, no son sociologistas, e incluso pueden encontrarse en sus estudios las huellas de muy diversas directrices metodológicas. En el plano puro del sociologismo, señala VERDROSS que la primera exposición general de sociología jurídica se debe a MAX WEBER, con su concepto de “dominación”⁷⁶. Para LARENZ los representantes de esta tendencia metodológica son EHRLICH y JERUSALEM. Consideran que la sociología jurídica es la única ciencia auténtica del Derecho, ya que no se detiene en las “palabras” ni en los conceptos huecos, sino que labora con los hechos en los que se asienta el Derecho, utilizando un método inductivo mediante la observación y recopilación de experiencias. Más que una creación metodológica lo que esos autores hacen es una crítica de la dogmática jurídica elaborada en el siglo XIX⁷⁷.

No se puede negar, sin embargo, el saludable efecto vivificador que produce en la ciencia jurídica esa llamada de atención sobre la realidad social. El realismo es, pues, el fruto del ingrediente sociológico incluido en la investigación, que es fácil descubrir en DUGUIT, HAURIUO y JEZE. Con cierta originalidad nos habla RECASENS SICHES de un Derecho Natural camuflado en el pensamiento de DUGUIT: admite, al menos, la existencia de unos criterios jurídicos objetivos, anteriores, exteriores y superiores al Estado, que son las normas de la solidaridad social, fundamento límite del Estado y del Derecho, y configuradora de las situaciones jurídicas subjetivas, de tal forma que distribuye las responsabilidades de todos según sus medios; y, así, la propiedad deja de ser un derecho para convertirse en una función social⁷⁸.

Más armónico aparece el uso del dato sociológico en los estudios de HAURIUO, y especialmente en su creación de la teoría de la institución, que define como “una idea de obra o de empresa, que se realiza y dura jurídica-

⁷⁶ VERDROSS, “La filosofía del Derecho...”, cit., págs. 291 y s.; la obra más significativa de WEBER, “Wirtschaft und Gesellschaft”, 1922.

⁷⁷ LARENZ, ob. cit., pág. 78

⁷⁸ RECASENS SICHES, “Panorama del pensamiento...”, cit., págs. 108 y ss.

mente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder, y reguladas por un procedimiento”⁷⁹. Admitir ese saludable efecto del dato sociológico, permite a HAURIUO incluir en la investigación jurídica las siguientes cuestiones que el normativismo abandona a la Sociología: “la individualidad objetiva del grupo, opuesta a su personalidad subjetiva; las situaciones establecidas; la adhesión al hecho; los equilibrios subjetivos; la nación, subyacente al Estado; la comunidad objetiva, subyacente a las organizaciones; y, en suma, la institución objetiva, en la cual convergen todos estos elementos”⁸⁰. En todo caso en HAURIUO la sociología, pues, no es más que una ciencia auxiliar, y por lo mismo fructífera sin incurrir en exageraciones y pérdida del sentido jurídico.

En JEZE el realismo sociológico se hace más descarnado, por cuanto prescinde de toda valoración de justicia, para considerar los puros hechos. “A medida que avanzo en años –explicaba en el prefacio de la tercera edición francesa de sus “Principios Generales del Derecho Administrativo”⁸¹– más me convido de que lo único importante para el estudio del Derecho es un buen método. Sólo hay un método eficaz: es el de observación de los hechos”. Y seguidamente hacía consideraciones sobre cuestiones de metodología de investigación y de enseñanza, afirmando, principalmente, las siguientes ideas:

- a) El jurista debe observar los hechos económicos, sociales y políticos, el medio en el que nace, se desarrolla y aplica el Derecho, no como cuestión secundaria, sino como lo principal.
- b) Las Facultades de Derecho deben dar primacía a la ciencia y no a la preparación profesional, porque “la educación científica es la mejor de todas las preparaciones profesionales”.
- c) La enseñanza de economía y ciencia política, se hace en las Facultades de Derecho yuxtaponiendo conocimientos, pero sin interpenetrarse con las disciplinas jurídicas; lo cual sería necesario para evitar caer en una enseñanza escolástica, despejada del estudio de la vida.

⁷⁹ HAURIUO, “La théorie de l’institution et de la fondation”, 1925.

⁸⁰ RECASENS SICHES, ob. cit., págs. 121 y s.

⁸¹ JEZE, “Principios generales del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1949, págs. LIII y ss.

Tradicionalmente, la cuestión del uso de la sociología en la construcción de la ciencia jurídico-administrativa, ha venido planteada como problema dentro del más general de las relaciones entre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, y también en la disputa sobre la forma de construir la Parte especial de la disciplina, donde destaca la tesis radicalmente jurdica de BALLBE⁸². El estudio de estas implicaciones se ha realizado en otra parte de esta Memoria. Por nuestra parte estimamos de gran utilidad la sociología como dato auxiliar para la comprensión y construcción de la ciencia jurídico-administrativa.

F. MODERNAS TENDENCIAS METODOLÓGICAS (REFERENCIAS AL ESTRUCTURALISMO Y AL RENACIMIENTO DEL PENSAMIENTO TÓPICO)

a. Consideraciones generales

Las corrientes metodológicas hasta aquí expuestas son, principalmente, de las que se han nutrido las construcciones de la ciencia jurídico-administrativa. Empero, hay que constatar el permanente afloramiento de doctrinas y teorías metodológicas generales, trasunto de las corrientes filosóficas en general y de la Filosofía del Derecho en particular. No todos los cambios de concepciones filosóficas son inmediatamente recibidos en esta parcela de la ciencia que trata del saber jurídico, del conocimiento del Derecho. Existe un lento proceso de influencia que no siempre determinará una recepción de la nueva concepción en la ciencia jurídica, bien porque se haya producido el ocaso de la teoría en el plano filosófico antes de que se consuma su penetración en el plano de la concreta metodología jurídica. Con ello queremos decir que no todas las corrientes filosóficas son aplicables a la comprensión del fenómeno jurídico; ni de todas ellas deriva un a metodología con pretensiones de aplicación total. La fenomenología, el marxismo, el existencialismo, etc. señalan puntos de incidencia metodológica, bien en la mera descripción del fenómeno jurídico, o en su misma impugnación. Pero no han aportado construcciones definitivas, que puedan influir en la elaboración del Derecho Administrativo.

⁸² BALLBE, M., "Sistemática del Derecho Administrativo", 1947. Sobre la estructura de diversos Manuales y Tratados, Vid. recientemente. GALLEGO ANBITARTE, "Derecho Administrativo.- Programa, sistemática y guía para su estudio".- Universidad de Santiago de Compostela, 1973.

Una de las notas más acusadas de nuestro tiempo es el renacimiento del Derecho natural. En el análisis del panorama del pensamiento jurídico en nuestro siglo, y en el mundo occidental, que nos ofrecen RECASENS, SICHES YVERDROSS, en las obras que venimos citando, destaca ese afloramiento del iusnaturalismo, en unos casos como renovación de su inspiración neotomista, en otros, en la forma de axiología jurídica, o de afirmación de principios de justicia material. La prueba de los desmanes que pueden derivarse de un positivismo legalista, ofrecida por la segunda guerra mundial; aunque hay provocado posiciones de desesperanza o meramente vitalistas; ha llamado también poderosamente la atención sobre la afiliación necesaria del orden jurídico positivo a un orden superior de justicia que debe informarlos y que lo preside y trasciende.

b. Referencia al estructuralismo jurídico

Junto a esta afirmación de un orden superior de principios de justicia que preside y vivifica los ordenamientos jurídico-positivos; existen otras tendencias metodológicas que pretenden la búsqueda de la entraña misma del objeto de conocimiento procurando aprehender su estructura, a manera de esqueleto hundido en su propio cuerpo, o como la propia esencia dinámica de la realidad contemplada. En tal sentido, el estructuralismo viene ofreciendo frutos notables como metodología del conocimiento, especialmente en el campo de la Lingüística. No puede afirmarse, aún, la existencia de una prueba definitiva sobre posibles semejantes frutos de un análisis estructuralista del Derecho. Hasta el momento puede incluso dudarse de la existencia de un estructuralismo jurídico⁸³, aunque la doctrina apunta prudentemente, en todo caso, la existencia de atisbos de ideas estructuralistas en la ciencia jurídica de los grandes maestros que han sentado las bases de las corrientes metodológicas decimonónicas. Así, HERNÁNDEZ GIL ha publicado recientemente un amplio y detenido estudio⁸⁴, en el que, con gran cautela, da cuenta de algu-

⁸³ AUZIAS, “Clefs pour le structuralisme”, París, 1967 (traduc. Española, Alianza Editorial, 2ª edic., 1970). ARNAUD, “Structuralisme et droit”, en “Archives de Philosophie du Droit”, año 1968, t. XIII, págs. 283 y ss.; PIAGET, “Le structuralisme”, París, 1968. LEGAZ LACAMBRA, “Estructuralismo en el derecho”, en Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, t. XIII; LAMS DORFF-CALAGANE, “¿Estructuralismo en la Filosofía del Derecho?”, Santiago de Compostela, 1969.

⁸⁴ HERNÁNDEZ GIL, “Metodología...”, tomo 2, publicado en 1971; dedica al tema los capítulos VI al XV, págs. 201 a 462; siendo el estudio más extenso y detallado que conocemos.

nos esos atisbos en las obras de SAVIGNY –cuya noción de sistema compara con la tesis de SAUSSURE– y de IHERING –en su doctrina sobre los “cuerpos jurídicos”–; y las tesis institucionalistas de HAURIUO y SANTI ROMANO. Después de someter a crítica las obras de FROSINI, LÓPEZ CALERA, SÁNCHEZ DE LA TORRE, etc.; y de intentar delimitar la aplicación del análisis estructural al Derecho, HERNÁNDEZ GIL llega a las siguientes afirmaciones:

“1) La ciencia jurídica no puede convertirse exclusiva o plenamente en estructural, si bien es susceptible de ser analizado estructuralmente el derecho.

2) El estructuralismo jurídico contribuirá a la captación del derecho como realidad inmanente.

3) Las relaciones jurídicas, el derecho y sus estructuras mantienen contactos y dependencias con las estructuras sociales, económicas y políticas. Sin embargo, el estructuralismo jurídico no ha de preocuparse tanto de las correlaciones estructurales –tema preterido de la dialéctica– cuanto de sus propias estructuras en su significado específico”⁸⁵.

c. Peculiaridad del razonamiento jurídico: la tesis de VIEHWEG sobre el pensamiento tópico. La posición de GARCÍA DE ENTERRÍA

Hasta ahora se venía poniendo el acento sobre la verdad y validez del contenido de las doctrinas metodológicas, es decir, de lo que sustancialmente alegaban para explicar la construcción y aplicación del Derecho; en definitiva del sistema que ofrecían para operar dentro de él, dentro de sus formulaciones axiomáticas, el proceso lógico de reducción e inducción. Pero VIEHWEG, consciente de que los esfuerzos realizados –o realizables– para la axiomatización de todo el Derecho, se han quedado hasta ahora a mitad de camino; y alentando con el hallazgo de que la forma de pensamiento antiguo que creó la jurisprudencia no era la de un pensamiento axiomático o sistemático, sino la de un pensamiento tópico; pone el acento en la necesidad de volver al estilo de la tópica tradicional, concibiendo la técnica del Derecho como expresión de la incesante búsqueda de lo justo, operando así con el problema concreto no para deducir su solución de un sistema, sino para enfrentarlo y resolverlo cada vez con la ayuda de los “topoi” o lugares comunes, de los tópicos

⁸⁵ HERNÁNDEZ GIL, *Ibidem*, pág. 462.

que CICERÓN definió como “sedes a quipus argumenta promuntus”⁸⁶. Causa verdaderamente gran impacto la sugerente presentación que hace VIEHWEG de ese clásico “ars inveniendi” que es la tópica, analizado por ARISTÓTELES, explicado por CICERÓN a un jurista amigo, recordado por VICO, utilizado por LEIBNNIZ, reflejado en el “ius civile”, en el “mos italicous”, y en destacados civilistas –y administrativistas, añadimos nosotros– contemporáneos.

El centro de la tópica es el problema, hacia el que orienta el pensamiento, dando pistas y señales, consejos y sugerencias, para afrontar sus aporías, o callejones sin salida. Por eso no sitúa al problema bajo un sistema dado; sino que construye el “sistema” adecuado al problema en cada caso y según sus peculiaridades, para conseguir así una concreción proporcionada, viva y actual de lo que es justo. Para VIEHWEG son tres los presupuestos:

“1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.

2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él.

3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla”⁸⁷.

Contra poniendo VICO el cartesianismo, al que llamó método crítico, con el método tópico, destacaba las ventajas de éste. Las desventajas de aquél son “pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio, en resumen, una depravación de lo humano”. Frente a ello, la tópica “proporciona penetración, despierta la fantasía y la retentiva y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y, por tanto, a encontrar una trama de puntos de vista”.⁸⁸

⁸⁶ VIEHWEG, “Tópica y Jurisprudencia”, traducción española del original alemán “Topik und jurisprudenz”, por Díez-PICAZO, prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1964.– RECASENS SICHES resume íntegramente esta obra en el capítulo 65 de “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, cit., págs. 1060 a 1080.

⁸⁷ VIEHWEG, *Ibidem*, pág. 129.

⁸⁸ VIEHWEG, *Ibidem*, pág. 27.

En nuestra doctrina GARCÍA DE ENTERRÍA defiende la aplicación del pensamiento tópico, que viene así a dilucidar el verdadero carácter de los principios generales del Derecho, como criterios técnicos y tecnificables en los que se convierten los preceptos absolutos del Derecho natural; ya que éste no puede entenderse, a la manera que lo hacía el desacreditado iusnaturalismo racionalista del siglo VXIII, como un orden jurídico axiomático, como un primun verum del que debía de deducirse las explicaciones del Derecho positivo; sino como el orden jurídico único surgido por haber sufrido el Derecho natural “un proceso de conversión jurídica por su incorporación a las fórmulas técnicas tópicamente configuradas, que son las que se imponen la toma en consideración de un específico círculo problemático de relaciones”⁸⁹. Para GARCÍA DE ENTERRÍA son las “instituciones” –cuyo carácter primario en el pensar jurídico intuyó SAVIGNY por vez primera–, “ese lugar medio donde se realiza el encuentro de los valores superiores procedentes del Derecho natural o del orden político con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares”. “Las instituciones jurídicas –añade– se peculiarizan por una idea organizativa en servicio a la cual se especifica una técnica determinada con una interior unidad. Esa idea organizadora, que es la que ordena el sentido orgánico del conjunto, al ser a la vez una corporeización de contenidos valorativos, una pretensión de regulación social sobre un ámbito determinado de relaciones y la clase funcional de todo un mecanismo técnico en que la institución consiste, se eleva a la categoría de un verdadero principio general, que no sólo tiene un valor normativo propio, sino que además es también el que ordena y mide el alcance de los demás elementos normativos presentes en el seno de la propia institución”⁹⁰.

III. CONCLUSIÓN

Resulta difícil adscribirse a una única corriente metodológica, y más liberador propugnar un moderado sincretismo en el que se combinen los datos positivos que pueden extraerse de las más comprensivas de aquéllas. Procederemos primero por vía negativa, rechazando lo que no estimamos adecuado. En primer lugar no podemos aceptar el positivismo legalista, por la profunda

⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley...”, cit., pág. 218.

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ibidem*, pág. 220.

convicción de su radical insuficiencia para dar un tratamiento justo y actualizado a la problemática del Derecho Administrativo. Pese a todas las cautelas, es necesario partir de la afirmación de un orden de justicia material superior a las meras formulaciones de la legislación vigente en cada momento; en este sentido, nos sentimos partidarios del iusnaturalismo, y estimamos que el ordenamiento jurídico positivo debe estar al servicio de la justicia y de la persona humana, como explicación y justificación de todo el Derecho. Negamos, asimismo, que la función del jurista deba confundirse con la del sociólogo, con la del moralista, con la del político, con la del economista, o con la del historiador o el filósofo. Porque el Derecho está vertebrando toda la vida social, ninguno de estos aspectos de la misma pueden serle extraños, pues le interesa como presupuesto conocer los resultados de esas investigaciones: pero bien entendido, que serán meros datos a fin de poder operar en el plano de la técnica jurídica al servicio de la realización de la justicia en las reales condiciones en que se manifiesta la vida social, con todas sus encrucijadas y tensiones.

Ciertamente esa técnica jurídica requiere un peculiar arsenal de conceptos e instrumentos lógicos, y un “modus operandi” propio que garantice la autenticidad y la eficacia. El método jurídico ha de ser, pues, el cauce definitivo, pero con un permanente alcance instrumental. Ante el abigarrado panorama que las numerosas normas de distinto rango ofrecen, y ante la desbordante expansión de la actividad administrativa, es imperiosamente necesario fijar puntos de referencia firmes que tanto orienten y ordenen la tarea científica, como la diaria función de los administradores y de los jueces; y esos puntos de referencia no pueden ser otros que los principios institucionales. El papel del científico difiere aquí, del aplicador del Derecho, porque si éste es el responsable de traducir en cada caso la exigencia general de dichos principios, utilizando todos los resortes que las técnicas de interpretación le ofrecen, y todas las vías que la legislación le brinda no para subrogarse en la función del legislador, sino para integrar lo que debe ser Derecho aplicable en cada caso; el científico debe llamar la atención sobre las adaptaciones, modificaciones y reformas que deben hacerse en la legislación, adelantándose a la eclosión de los problemas. Todo ello exige una vigilante actitud ante el desenvolvimiento de los hechos sociales, valorando la funcionalidad de las normas vigentes. Exige también una mayor consciencia de la potenciación del juez administrativo, prosiguiendo el camino de la especialización felizmente iniciado por nuestra ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa; pero todavía en un insatisfactorio estado de realización.

La toma de razón del cambiante substratum social básico del Derecho Administrativo, con la necesaria valoración de los aspectos sociológicos, econó-

micos, históricos y políticos que conlleva; el elemento teleológico básico en este Derecho, es decir las concreciones del interés público en cada momento; y los superiores postulados de justicia tecnicados como guía de las instituciones; han de ser los constantes puntos de referencia para el conocimiento, construcción y aplicación del Derecho Administrativo.

IV. EL MÉTODO DE ENSEÑANZA

Al abordar el tema del método de enseñanza se produce de inmediato una conexión con la problemática general de la Universidad⁹¹ que, si bien no puede decirse que sea exclusiva de nuestro tiempo, sí ha adquirido en los últimos años unas peculiares circunstancias, que le dan un carácter insólito; entre éstas, son las más notables 1) la masificación generalizada, tanto por el extraordinario número de alumnos como por la falta en buen porcentaje de ellos de la aptitud o preparación adecuadas; 2) la tendencia a la prescripción del esfuerzo y el sacrificio para el estudio, con lo que se sitúa a la Universidad y a sus títulos en el nivel casi de artículos de consumo que pueden adquirirse en varios años de plazos, mediante el mero estar allí, y el soportar el fugaz rigor de unos exámenes parciales –cada vez urgidos en mayor número–; y 3) la desilusión de muchos profesores que se inhiben ante el cambio experimentado por la vida universitaria, o se sienten poco valorados e inmersos en una problemática que excede de la estrictamente universitaria y que tiende a condicionarles y hacerle hostil al cumplimiento de su misión. Al destacar estas características somos conscientes de que ni son las únicas, ni se ofrecen por igual en todas las Facultades, Departamentos, profesores y alumnos; pero preponderan en el conjunto. ¿Cómo cumplir, pese a ellas, la misión de la Universidad?; ¿Cómo organizar e impartir la enseñanza del Derecho Administrativo?

⁹¹ Sobre el tema, POSADA, Adolfo, “Pedagogía”, Valencia, 1908; GINER DE LOS RÍOS, “Pedagogía Universitaria”, Barcelona, s/f; ORTEGA, “El libro de las misiones (Misión de la Universidad)”; GASCÓN Y MARÍN, “Cincuenta años en la Facultad de Derecho”, Madrid, 1953; CALAMANDREI, P., “La Universidad de mañana”, Buenos Aires, 1961, traducción de los trabajos “La facultá de Giurisprudenza” y “La Nomina dei Professori: concorso o chiamata?”, que, con otros, integraron la obra “L’Università di domani”, Foligno, 1923; D’ORS, A., “Papeles del oficio Universitario”, Madrid, 1961; ARANGUREN, J.L.L., “El futuro de la Universidad”, Madrid, 1963; LATORRE, A., “Universidad y SOCIEDAD”, Barcelona, 1964; AGUILAR PIÑAL, F., “Los comienzos de las crisis universitarias en España (antología de textos), Madrid, 1967, etc. etc.

A. PEDAGOGÍA, INVESTIGACIÓN Y COOPERACIÓN

Observamos, en general, una falta de interés por la valoración y exigencia de las aptitudes pedagógicas del profesorado; y es verdaderamente imprescindible que el profesor sea capaz de transmitir la ciencia a los alumnos, mediante ese proceso comunicativo, de auténtica comunión, a través del gesto, la mirada, la palabra o el texto didácticamente presentado. En la paciencia y entusiasmo para ir facilitando esa difícil ósmosis de conocimientos, está una de las virtudes imprescindibles de un profesor, que desgraciadamente no se encuentra en todos. A partir de esa aptitud, puede el profesor realizar la necesaria aunque difícil síntesis entre teoría y práctica. La Universidad tiene una misión esencialmente científica, lo que no excluye que vele por y garantice en la medida necesaria la formación profesional. Esa medida necesaria no ésta, para nosotros, en el adiestramiento concreto del alumno para ejercer una profesión jurídica; sino en que tenga un profundo contacto experimentado con la trascendencia vital de los temas que científicamente, a la par, vienen siendo objeto de estudio. Se trata de despertar el “sentido jurídico” y borrar las barreras entre teoría y práctica.

Para ello, junto a la hábil combinación de todos los medios pedagógicos, a que luego nos referiremos, es imprescindible llevar un programa de investigación. La investigación realizada en el Departamento es el primer factor de vivificación de la enseñanza, y está llamada a mantener el rigor e interés científicos, y el compromiso serio de los estudios. En cuanto sea posible debe incorporarse de alguna manera a los alumnos a las inquietudes del programa de investigación, y procurarles una iniciación en la tarea investigadora como método de trabajo. Se conseguirá así dar un carácter dinámico a la enseñanza, convirtiendo a todos en protagonistas activos, y no en meros receptores de unos conocimientos que pueden quedar fosilizados.

Para conseguir esas metas es necesario crear y mantener un permanente sentido de cooperación. El trabajo en equipo y participado tienen que ser una preocupación común de todo el profesorado del Departamento, y tiene que extenderse al alumnado empezando primero por un testimonio de aquel; y siguiendo por una constante incitación e invitación para que el alumno no se sienta marginado, sino copartícipe activo en su propia formación. La manifestación actual, escasez de medios personales y materiales, y la atonía pueden ser serios obstáculos para conseguirlo, pero hay que tender a ello en la medida de lo posible. Más adelante nos referiremos a nuestras experiencias en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

B. MEDIOS Y TÉCNICAS DE ENSEÑANZA

Entre los medios de enseñanza, nos referiremos a los personales y los materiales.

En los últimos años observamos un incesante incremento de las necesidades de profesorado, y del tiempo que éste debe dedicar al cumplimiento de su función. Puede fácilmente predecirse que el futuro ha de ser de dedicación exclusiva de todo el profesorado. Actualmente muchos profesores que se mantienen en régimen de dedicación plena, lo hacen en buena medida para no perder el contacto con la vida real del Derecho que puede proporcionarle una actividad paralela; y que es tan sumamente necesario para mantener la idoneidad precisa para desarrollar aquella dolencia con fin científico-profesional. En este sentido los Departamentos de las Facultades de Derecho están en considerable retraso con respecto, por ejemplo, de los de las Facultades de Ciencias. En éstas la relación del Departamento con la sociedad no se hace mediante actividad servicial paralela, que desvincula de la Universidad al profesorado, sino que cada vez en mayor medida, desarrollando trabajos de investigación en el propio Departamento, financiados por entidades públicas o privadas. No se desvirtúa el programa de investigación, y se garantiza una acción positiva de la Universidad en la sociedad, la cual se siente llamada a potenciar la investigación universitaria. Existen también muchas necesidades administrativas que requieren estudios especializados, que podrían ser realizados por los Departamentos de Derecho Administrativo incorporándolos a su programa de investigación, consiguiéndose así evitar la salida de la Universidad para realizar actividad paralela. Esta mayor dedicación que la Universidad actual exige al profesorado, obliga también a una interdependencia de todos los miembros del Departamento, formando un verdadero equipo. En la dirección del mismo, en la hábil distribución de tareas y en la selección de los campos a que debe extenderse el programa de investigación, juego un papel decisivo el Jefe del Departamento, pero es una responsabilidad de todos.

La relación con el alumnado es decisiva. A fin de entrar lo más eficazmente posible en el conocimiento de cada alumno, nuestra experiencia es que, además de la ficha personal, se integran en grupos de unos treinta, al frente de los cuales está un profesor. A veces nos hemos visto obligados a atribuir a un profesor más de un grupo, por la falta de colaboradores, o por estar éstos en la primera etapa de su formación, que consiste en la realización de la tesina de Licenciatura y de la tesis doctoral. Cada grupo se reúne semanalmente con su profesor en clases prácticas desde el mismo comienzo del curso, con lo cual la clase práctica cumple diversas funciones, como veremos; y, en-

tre ellas, la de un mayor contacto y conocimiento con cada alumno. Periódicamente celebran reuniones los profesores para dar cuenta de la marcha de sus grupos y de las dificultades que se adviertan en la marcha del curso (ritmo de estudio, toma de apuntes, aclaraciones sobre puntos de la clase teórica; organización del trabajo, etc.).

Entre los medios materiales, creemos muy necesario contar con un local adecuado en el seminario para que puedan hacer uso del mismo los alumnos, y de la biblioteca, ficheros, colecciones legislativas y jurisprudencia, manuales, etc. Al frente de este servicio está un alumno de los últimos cursos, y un profesor ayudante. Es cada vez más necesario un buen servicio de redacción de apuntes; y otro de copistería, pues la experiencia no demuestra que la falta de estos medios, o incluso el distanciamiento de la bibliografía, origina lentitudes y paralizaciones, cuando no verdaderas frustraciones; porque muchas veces las dificultades materiales son más de un cincuenta por ciento de la dificultad total de la realización de los trabajos y estudios.

El fichero de alumnos y la carpeta individual clasificada son unos instrumentos imprescindibles; con ellas se cuenta con todos los datos personales, y la trayectoria seguida por el alumno; y con todos los trabajos que ha realizado durante el curso, incluidos los exámenes.

Como técnicas de enseñanza nos referiremos a las clases teóricas, clases prácticas, seminarios, dirección de lecturas y trabajos, y sesiones científicas pluridisciplinares o pluriprofesionales.

La clase teórica sigue teniendo el gran valor de ser centro de irradiación de la enseñanza básica del curso, y centro de encuentro de todo el curso con el profesorado. En la distribución de la tarea del Departamento debe fijarse con la debida antelación quien será el responsable de cada parte del programa, en los cursos de especialidad, y como se harán las suplencias. La clase teórica puede revestir dos modalidades: aquellas en la que se transmiten los conocimientos para que los alumnos tomen apuntes; y aquellas en la que previamente se han facilitado unos apuntes o textos a los alumnos, y son ellos los que, previa lectura y elaboración, suscitan las dudas, cuestiones o ampliaciones al profesor. Este, a su vez, puede suscitar la participación en aquellos puntos más relevantes que considere conveniente destacar o ampliar. En todo caso, las dos formas no son igualmente útiles; depende de cada parte del programa. Aunque hemos comprobado que siempre el apunte o el texto suele ofrecer al alumno más dificultad si no es vivificado con la eficaz exposición oral del profesor. Su facilidad expositiva, el grado de atención que pueda con-

seguir centrar presentando con sencillas e interés los temas, son instrumentos muy necesarios para la transmisión de los conocimientos.

No deben presuponerse en los alumnos conocimientos que no tienen, pero tampoco debe disminuirse el nivel científico de los temas. El camino no puede ser otro que la sencillez expositivo, lo que exige un gran dominio de la materia y una adecuada preparación de cada clase.

Con la clase teórica se transmiten los conocimientos básicos y se coordinan la marcha del curso a través del programa. Pero necesita como primordial elemento de las clases prácticas por grupos de alumnos. Para ello es obligada una reunión previa de todos los profesores que atenderás a esos grupos, en la que se conozca la marcha de la clase teórica, y se unifique la tarea a realizar en las clases prácticas. Al comienzo del primer curso, de parte general del Derecho Administrativo, como no existe materia para iniciar los casos prácticos, la clase se dedica a aclarar dudas surgidas en las explicaciones teóricas, conseguir el manejo de las colecciones legislativas y jurisprudenciales, describir organigramas de las Administraciones territoriales, realizar lectura de artículos generales, especialmente de la Revista de Administración Pública, sobre el concepto de Administración y Derecho Administrativo, relaciones entre las funciones del Estado, etc. Cada alumno, que durante la semana anterior ha leído el trabajo indicado, actúa de ponente. Al llegar al estudio teórico de las personas jurídico-públicas y de las fuentes, ya se inician los casos prácticos, que se facilitan a los alumnos indicándoles legislación, jurisprudencia y bibliografía elemental, para que los traigan razonados por escrito en la clase siguiente. Los casos son distintos para cada grupo, aunque las materias sean comunes. A lo largo del curso cada alumno ha podido leer y exponer cuatro o cinco artículos o monografías, y habrá realizado un número aproximado de veinticinco casos prácticos de Parte General. En los Cursos de especialidad –que en la Facultad de Derecho de Sevilla son tres, en dos ramas: Derecho Público (cursos 4º y 5º) y Empresa (curso 5º)–, cambia el contenido de la clase práctica, porque, además de que los casos son los más reales posible y obligan a utilizar la legislación especial, y no solo las grandes leyes generales; se procura iniciar a los alumnos en la investigación, dirigiéndole los trabajos de ampliación sobre los temas que se han explicado en las clases teóricas. El alumno lee más bibliografía, y debe entregar al final del curso un trabajo cuyo tema ha elegido libremente, o dentro de la lista de temas ofrecida por el profesor.

Los Seminarios son un instrumento imprescindible para profundizar monográficamente en algunos temas. En el plan de la Facultad de Derecho de Sevilla, cada alumno de los cursos de especialidad debe elegir un seminario teó-

rico y otro práctico. Aquellos pueden ser conjuntos, participando profesores de distintos Departamentos. Hemos intervenido con dos ponencias en su Seminario conjunto de los Departamentos de Derecho Político y Derecho Administrativo sobre “La Primacía del Poder Ejecutivo”. Y hemos dirigido seminarios sobre contratación administrativa, licencias gubernativas y municipales, y el cumplimiento del principio de espiritualidad por la Jurisprudencia contencioso-administrativa española, durante quince años de vigencia de la Ley de 1956.

Las sesiones científicas suelen hacerse entre los profesores de uno o varios Departamentos, con asistencia de algunos alumnos que hacen la especialidad, y de profesionales y funcionarios (Abogados del Estado, Técnicos de Administración Civil, Secretarios de Corporaciones Locales, etc.). Se trata de exponer algún trabajo de investigación en curso, incluso los esquemas iniciales de tesis doctorales; o de estudiar conjuntamente una nueva Ley.

C. PLAN DE ENSEÑANZA

Como hemos indicado, en la Facultad de Derecho de Sevilla viene rigiendo un Plan especial, que distribuye la carrera en tres años comunes y dos de especialidad; a su vez, existen tres especialidades: Derecho privado, Administración Pública y Empresa. Los cursos de Derecho Administrativo son cinco: uno de Parte General, en tercer curso; dos de especialidad en la rama de Administración Pública, cursos cuarto y quinto; y uno de especialidad en la rama de Empresa, en quinto curso. El Plan de enseñanza comprende, pues, una amplia Parte General común, un curso de especialización en cuarto, donde se estudia Régimen Local, Urbanismo, y algunos servicios; un curso de Derecho Administrativo económico en quinto.

En la Parte General se combinan las técnicas de enseñanza: clases teóricas para que el alumno tome apuntes, clases teóricas participadas sobre apuntes ya facilitados al alumno, clases prácticas, controles periódicos, con realización de casos y resolución de cuestiones.

En los Cursos de especialidad se pretende conseguir tres niveles: nivel informativo (conocimiento esquemático de las cuestiones y el ordenamiento), nivel de iniciación a la investigación legislativa sobre materias concretas) y nivel de contacto con la realidad social de los temas abordados (para lo que se organizan conferencias y seminarios, con la participación de funcionarios de los servicios en estudio, directores de empresas nacionales, etc.).

Finalmente, queremos hacer unas consideraciones sobre los exámenes. Como apuntábamos al principio existe una fuerte tendencia a la proscripción del esfuerzo y del sacrificio, y a pasar los cursos por el mero estar allí. Uno de los instrumentos que se utilizan para ello es procurar que se establezcan muchos exámenes parciales, fragmentando los programas en partes pequeñas, que pueden superarse con un mínimo esfuerzo transitorio, y luego quedan ya excluidas de examen ulterior. Creemos que si un alumno ha seguido el plan de enseñanza expuesto, para él el examen quedará reducido en gran parte, porque hemos venido constatando su preparación durante todo el curso. Pero, el alumno que no ha seguido activamente el plan de enseñanza tiene que someterse inexorablemente al examen. Y, en todo caso, hay que evitar tantos exámenes parciales, que hacen perder la perspectiva de la asignatura, y convierten a los profesores en permanentes correctores de ejercicios, cuando sería mucho más fructífero ese esfuerzo en la dedicación a la enseñanza y a la investigación.

Pese a todas las circunstancias, debe defenderse la dignidad científica de la Universidad, y eso nos proponemos proseguir, con nuestros modestos medios y con nuestro gran entusiasmo, los que un día tuvimos la experiencia y nos propusimos servir de por vida el honor universitario, no como privilegio de dignidad, sino como gravosa tarea de servicio.

Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*

Francisco López Menudo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA, FACTOR DE IMPULSO Y CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. UNA IMPRONTA SOBRE LA LABOR REALIZADA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTE ÁMBITO. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. OBJETO Y ESTRUCTURA DE LAS LEYES AUTONÓMICAS SOBRE LA MATERIA. 3. VALOR Y EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES CREADOS POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.– III. LA RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.– IV. UN *EXCURSUS* IMPUESTO POR LA STC 247/2007 DE 12 DE DICIEMBRE: PODER DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PARA PROCLAMAR PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES. 1. LA POSIBILIDAD DE DESARROLLAR Y “ESPECIFICAR” DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. LA POSIBILIDAD DE CREAR DERECHOS NUEVOS (O DERIVADOS DE PRINCIPIOS RECTORES CONSTITUCIONALES). 3. LÍMITES AL PODER NORMATIVO DE LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS. A) *Cobertura competencial suficiente*. B) *Respeto al ámbito de las leyes orgánicas reguladoras de los derechos fundamentales*. C) *Respeto al principio de igualdad ex art. 139. CE*. D) *El límite del artículo 138.2 CE*. E) *La sujeción al posible despliegue por el Estado de la potestad contenida en el artículo 149.1.1ª CE*.– V. LA POLÉMICA SOBRE LA LICITUD DE LA INCLUSIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 1. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE SU INCLUSIÓN EN LOS ESTATUTOS. 2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INSERCIÓN EN LOS ESTATUTOS DE DICHAS TABLAS DE PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES. A) *El presunto impedimento formal: el tenor literal del artículo 147.2 CE*. *Posturas que se mantienen sobre el contenido posible de los Estatutos*. a) *Interpretaciones estrictas sobre el alcance del artículo 147.2 CE*. b) *Interpretaciones amplias so-*

* Es reproducción literal del texto de la Ponencia elaborada para el IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Valladolid los días 6 y 7 de febrero de 2009 y que figura en el libro de Actas y Ponencias de dicho Congreso. Publicado por la Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009. Trabajo elaborado en el marco del Plan andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI), Grupo de investigación SEJ-193. Junta de Andalucía.

bre el contenido estatutario posible. B) Los argumentos de fondo, a favor y en contra, sobre los enunciados de principios, derechos y deberes de los Estatutos de Autonomía. a) Primera cuestión. Sobre la relación entre los derechos fundamentales y las Cartas estatutarias de derechos. b) Sobre la petrificación y sustracción al juego democrático que puede suponer la inclusión de derechos en los Estatutos. c) Otra línea argumental. Los Estatutos son aprobados por leyes orgánicas del Estado. ¿Pueden éstas crear desigualdades entre los españoles? d) De nuevo sobre la sujeción a la potestad del Estado ínsita en el artículo 149.1.1ª CE. e) El argumento del derecho comparado. f) La tesis de la STC 247/2007: los derechos sustantivos ex novo que proclaman los Estatutos no son derechos, sino mandatos a los poderes públicos autonómicos.– VI. LA EFICACIA DE LOS ENUNCIADOS ESTATUTARIOS. 1. Los enunciados estatutarios puramente retóricos. 2. El valor de los principios rectores estatutarios. 3. El valor de los derechos sustantivos proclamados en los Estatutos de Autonomía. 4. La vinculación entre las tablas estatutarias de principios y derechos y la legislación de desarrollo.

RESUMEN

Una de las novedades más destacadas que ofrecen los nuevos Estatutos de Autonomía surgidos del proceso de reforma habido en el bienio 2006–2007, ha sido la incorporación de una “parte dogmática” en la que se incluyen no sólo principios rectores de la política social y económica sino el reconocimiento de auténticos derechos para cuya protección se prevén expresamente en algunos Estatutos las vías procesales oportunas. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 de 12 de diciembre, relativa al impugnado Estatuto de la Comunidad Valenciana ha declarado con efectos generales que la mayoría de los enunciados estatutarios que se formulan como derechos subjetivos no tienen eficacia directa y precisan de la *interpositio legislatoris*, lo cual plantea la grave cuestión sobre cual sea el valor normativo de un Estatuto y si el Tribunal seguirá esa misma doctrina en futuras sentencias que ha de dictar en asuntos análogos.

Palabras clave:

Estatutos de Autonomía; Cartas de derechos sociales; derechos sociales; principios rectores de la política social y económica; derechos públicos subjetivos; desarrollo y especificación de derechos fundamentales.

ABSTRACT

One of the highlight innovations from the new Federal Constitutions (Estatutos de Autonomía) who emerged from reform process in 2006-2007,

has been the incorporation of political rules in economic and social policy and the incorporation as well of declarations of human rights –most of them with a social and economic nature–, which the procedural protection is also provided. However, the Constitutional Court judgement of december 12 about the contested Estatuto of Valencia has stated that the federals declarations formulated as individual rights have no direct effect, because requires a law interposition (*interpositio legislatoris*). That raises a serious issue of the true “constitutional” and regulatory nature of news Estatutos.

Key Works:

Federal Constitution; Human Rights protection; constitutional jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil no estar de acuerdo en que siempre habría motivos poderosos para traer a primer plano cuestiones relativas a cualquiera de esos dos universos jurídicos cuales son los derechos sociales y los Estatutos de Autonomía. Sin duda que el interés aumenta, diríamos que se agiganta, si como en esta ocasión hay que hablar conjuntamente de ambos, o mejor dicho, de los problemas que genera su conjunción, la zona en la que se solapan. Ciertamente, no han de tratarse aquí los aspectos sustantivos de los numerosos sectores de la acción social (salud, dependencia, drogadicción, vivienda, menores, etc.), de los cuales existe literatura especializada muy copiosa, ni tampoco cabe recrearse en la figura misma del Estatuto de Autonomía si no es en aquellos precisos aspectos que deben ser considerados por razón de hecho nuevo y tan notable como es la inserción de tablas de principios y derechos en los Estatutos de la última hornada¹.

Los derechos sociales de nuestro tiempo son el fruto de un largo devenir lleno de vicisitudes y de “crisis” que no han impedido su progresivo desarro-

¹ Leyes Orgánicas 1/2006 de 10 de abril, Estatuto Comunidad Valenciana; 6/2006 de 19 julio, Cataluña; 1/2007 de 28 febrero, Islas Baleares; 2/2007 de 19 marzo, Andalucía; 5/2007 de 20 abril, Aragón; 14/2007 de 30 noviembre, Castilla y León. Propuesta de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha actualmente en el Congreso de los Diputados pendiente de aprobación. La propuesta de Estatuto de Canarias fue presentada en el Congreso en septiembre de 2006 y retirada en diciembre de 2007 a petición del Parlamento canario (BOCD de 15 enero de 2008).

llo. Aun con la carga a costas de esa crónica debilidad que se les viene atribuyendo desde siempre, han logrado plantarse en nuestro presente con un vigor que no han tenido nunca. El último episodio de ese devenir ha sido su inclusión en el pórtico mismo de los nuevos Estatutos, formando con ellos una simbiosis donde la ganancia recíproca es clara: los derechos sociales cobran renombre y fortaleza y los Estatutos ganan peso dogmático y un porte benefactor idóneo para justificar el propio hecho de su reforma y concitar adhesiones. Este súbito aterrizaje de los derechos sociales en los Estatutos es un suceso importante, tanto por su novedad como por su carácter masivo y sistemático; y es de toda lógica que el fenómeno haya hecho temblar el edificio de nuestro sistema autonómico y obligue a pasar revista, tras esa especie de seísmo, del estado de las piezas principales de su estructura.

Con lo dicho va de suyo que no nos encontramos ante un tema menor, por lo que no hay lugar para pararse a considerar aspectos de los derechos sociales que aunque sumamente atractivos para el jurista no forman parte esencial de lo que aquí nos ocupa. Concretamente, no cabe detenerse a recordar el origen y la evolución de los derechos sociales, o su concepto y fundamento, sus analogías y diferencias con las libertades y los derechos civiles y políticos, su proyección en el derecho internacional y comunitario, ni otros trascendentes aspectos, profusamente estudiados desde la filosofía, la ciencia política, el constitucionalismo, la economía y demás ciencias sociales. Figuras señeras de nuestro Derecho y autores de obras muy meritorias se han encargado de exponer las claves de fondo que enmarcan el tema de los derechos sociales o del Estado Social de Derecho². Plasmar aquí algunas de esas grandes cuestiones por vía de síntesis sería demasiado insignificante además de impropio para una ocasión como la presente.

² Aun a riesgo de incurrir en alguna omisión dado el vasto panorama considerado son de citar GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Comunidad Europea” en *Las estructuras del bienestar en Europa* (dir. Muñoz Machado, García Delgado y González Seara), Civitas-Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, págs. 413 y ss. GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977. PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983. MUÑOZ MACHADO, S., *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España* (codirec. con García Delgado y González Seara), Civitas-Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997; *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes* (codirec. con García Delgado y González Seara), Civitas-Escuela Libre Editorial, Madrid, 2002).; y en dicha obra “La contribución de las organizaciones sociales a la transformación del Estado de Bienestar”, págs. 709 a 789; “La crisis del Estado del Bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos” en *La integración social de los minusválidos: balance después de diez*

Por todo lo que precede no cabe dudar sobre el acierto en la elección del presente tema, lo que al no ser mérito propio podemos realzar sin pudor. Pero a ello hay que añadir la circunstancia afortunada de que estas reflexiones nacieron en una coyuntura especial, en un momento de expectación irrepetible, en el interregno que media entre los ecos de las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto valenciano³ y las vísperas mismas de la Sentencia que ha de recaer sobre el Estatuto de Cataluña, una norma singularmente potente en materia de principios y derechos de carácter social y, por tanto, un gran banco de pruebas para que el Tribunal se pronuncie definitivamente –y es de esperar que con argumentos suficientes– sobre lo que habiendo ya resuelto en las Sentencias citadas quizás no ha dejado satisfechos ni a tirios ni a troyanos, bien por la forma o por el fondo, o por ambas cosas a la vez. La Sentencia que próximamente ha de dictarse puede marcar un hito muy pronun-

años de vigencia de la Ley, Madrid, 1993, págs. 13–33. GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984. PECES–BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid–Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. PÉREZ LUÑO, A. E., “Los derechos sociales y su “status” normativo en la Constitución Española”, *Documentación Administrativa*, núm. 271–272, INAP, 2005, págs. 13–38. “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 10, 14, 2006, págs. 151–178. *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, 2006. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 2005. DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Universidad de León, León, 1993. ABRAMOVICH, V. y CURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los derechos humanos en la globalización*, Diputación Foral de Guipúzcoa, Bilbao, 2004. CARRETERO SÁNCHEZ, S., *El cambio de los derechos sociales y su justiciabilidad (Impacto jurídico de la inmigración en la teoría tradicional de los derechos humanos)*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 2004. COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*. McGraw Hill, Madrid, 1996. GARCÍA MORALES, A. F., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 2003. GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo–Civitas, Madrid, 2002. JIMENA QUESADA, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, 2006. MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Comares, Granada, 2006. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007. RODRÍGUEZ OLVERA, O., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998. VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

³ SSTC 247 y 249/2007 de 12 y 13 de diciembre, respectivamente.

ciado en la evolución de nuestros Estatutos de Autonomía si el Tribunal mantiene su doctrina de que los derechos estatutarios sustantivos no son realmente derechos, pues si tal ocurre es indudable que los futuros Estatutos adoptarán una configuración distinta a la de los seis que ya han sido aprobados⁴. He aquí, pues, un primer contraste o paradoja a tener en cuenta. Pero en general, el tema está atravesado de arriba abajo por otros contrastes, algunos de los cuales resaltaremos ahora, siquiera sea brevemente, en pro del mejor entendimiento de las páginas que siguen.

Lo primero a tener en cuenta es que los llamados derechos sociales, tradicionalmente no han sido nunca “derechos” en la acepción subjetiva del concepto, es decir, como algo exigible judicialmente por alguien. Por tanto, de entrada, es obligado convenir en que la expresión “derecho social” tiene más que ver con el derecho objetivo, con la idea de institución jurídica, con la de deberes que la ley impone a los poderes públicos o incluso con lo que pudiéramos llamar “derecho–aspiración”, es decir, no el derecho actual a una cosa sino el derecho a poder desear y llegar a poseer, porque la ley lo considera justo y por ello ampara esa aspiración. Han vivido así los derechos sociales, con un traje más lustroso que su propio contenido; y en estas convenciones se ha movido la tradición jurídica en esta materia, pues la inmensa mayoría de los autores no renuncian al término “derecho” sino que lo remarcan como un acto de afirmación o de fe, reivindicativo siempre, a la par que exprimen del concepto “derecho” todas sus virtualidades posibles, aunque falto de la garantía jurisdiccional. Pero aun siendo cierto lo dicho, hay que tener muy en cuenta que algunos derechos sociales han venido siendo formulados como derechos subjetivos e incluso como derechos fundamentales (p. ej. derecho a la educación, derecho de huelga) y que en los últimos años la legislación ha configurado muy diversos beneficios o prestaciones sociales como auténticos derechos públicos subjetivos. Por ello, en la actualidad es necesario tener siempre presente esta dicotomía cuando hablamos de derechos sociales.

La anterior reflexión se conecta a otra paradoja. El panorama doctrinal está henchido de publicaciones cuyo común denominador es una especie de

⁴ Digno de considerar será el caso del Estatuto de Castilla–La Mancha, que se halla actualmente en el Congreso y cuya aprobación es presumible que sea coetánea o posterior a la Sentencia que se dicte sobre el Estatuto catalán. Dicho texto estatutario sólo contiene derechos, no principios. ¿Cómo será posible aprobar un Estatuto que califica sus contenidos como derechos tras haber negado el TC esta posibilidad? Debe tenerse en cuenta que los seis Estatutos ya aprobados lo fueron con anterioridad a la STC 247/2007.

lamento porque los derechos sociales contemplados en la Constitución se encuentren separados de los derechos fundamentales y sean objeto de un distinto tratamiento, lo que muchos estiman artificioso e injustificado desde distintos puntos de vista. En numerosos casos, el análisis de la cuestión aparece como anclado en el examen de las limitaciones que la materia social encuentra en el artículo 53.3 CE, como si los principios rectores de su Cap. III, Tít. I, se hallaran aún *in fieri*, sin ejecución, o sea, tal como fueron estrenados hace 30 años; y es ocioso decir que ninguna valoración rigurosa sobre el peso real de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico puede hacerse hoy sin tener en cuenta cómo los trata el derecho positivo que puebla los diarios oficiales. Muchísimas disposiciones muestran que no pocos principios han sido transformados en derechos y que por tanto no hay razones para adoptar posturas fatalistas y ensimismarse en lo que dice la letra de dicho Capítulo de la Constitución, ni de lamentarse por un estado de indefensión ante la Jurisdicción que en gran medida no es real en la actualidad. En lo que hay que poner el esfuerzo es en agudizar el ingenio y los argumentos con miras a conservar lo conseguido y buscar salidas positivas, criterios operativos, reglas ajustadas a Derecho, para hacer frente a momentos de crisis como los actuales, en los que pueden darse tentaciones de hacer tabla rasa de ciertas conquistas desde la antigua creencia de que ello es hacedero sin gran dificultad y además lógico en circunstancias económicas adversas⁵, tendencias éstas que deben ser debidamente controladas. Si como tantas veces se ha dicho el Estado de Derecho, para ser democrático, ha de ser social, también hay que decir que el Estado Social también debe serlo de Derecho.

Pero el contraste más llamativo es el que deriva del auge de los derechos sociales en los últimos años y el sonoro frenazo –no puede hablarse de caída, al menos aún– producido en tiempos bien recientes. Los factores de impulso han sido la bonanza económica, con la correlativa asunción de cargas financieras y riesgos por parte de los poderes públicos, el desempleo y la inmigración como factores de presión a la vez que de concienciación de las políticas públicas a adoptar, el movimiento favorable hacia los derechos sociales habido en la Unión Europea, primero mediante la *Carta Europea de Derechos Fundamentales* del año 2000⁶, y luego, redobladamente, por el *Tratado de Constitu-*

⁵ Son ilustrativas al respecto las reflexiones de FERRAJOLI, Luigi, en el Prólogo al libro de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.

⁶ Es abundantísima la literatura al respecto. Entre otros, CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de Derechos Fundamen-

ción europea de 2004⁷, textos que han levantado un verdadero revuelo en la doctrina, dividida ésta entre la más pura euforia por la nueva “Europa de los derechos sociales” y un cierto escepticismo, visto el alcance discreto que dichos Instrumentos otorgan en realidad a tales “derechos”. Si a todo ello se suma la incesante producción normativa sobre la materia habida en España, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, y los vientos favorables procedentes de Italia con la apertura de los nuevos Estatutos regionales a las tablas de principios y derechos en materia social, se entiende perfectamente que la coronación de este ascenso esté representada por los nuevos Estatutos de Autonomía. Éstos superan con creces en este punto los requerimientos más exigentes contenidos en Declaraciones, Tratados y Convenios internacionales, ello con independencia de que el movimiento reformador tenga otras causas o esté precisado de una mayor reflexión⁸. En fin, venimos de una etapa feliz para los derechos sociales, cuajada de factores que han coadyuvado a generar un estado de euforia de los poderes públicos sobre la posibilidad de reconocer y garantizar prestaciones de todo tipo al más alto nivel de garantías y seguridad.

tales de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho europeo*, núm. 2, Universidad de Sevilla, 2002, págs. 117–135. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido” en *Anuario de Derecho europeo*, núm. 2, Universidad de Sevilla, 2002. CARRILLO LÓPEZ, M., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, 2003, págs. 145–165. ESPADA RAMOS, M. L., “Los derechos sociales de la Unión Europea: mercado o justicia” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, págs. 23–57. GARCÍA GARCÍA, R., “La efectividad de los derechos sociales en el nuevo contexto europeo” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, 2003, págs. 51 y ss. GIL Y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003, págs. 1319–1344. LÓPEZ GUERRA, L., “Hacia un concepto europeo de Derechos Fundamentales” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, II, 2003, págs. 191 y ss. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea” en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, págs. 55 a 67. SCIARRA, S., “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta europea de Derechos Fundamentales” en *Temas Laborales*, núm. 62, 2001, págs. 9 a 30. VV. AA., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Una perspectiva pluridisciplinar*, Fundación Rei Afonso Henriques, Valladolid, 2003.

⁷ Entre otros, *vid.* MALARET, E. y MARSAL, M., “Constitución europea y derechos sociales” en *Documentación Administrativa*, núm. 271–272, 2005, págs. 81–101. QUADRA–SALCEDO JANINI, T. de la, y SUÁREZ CORUJO, B., “La garantía de los derechos sociales en la Constitución europea: la consagración de la dependencia como contingencia protegida por los sistemas de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 471–502.

⁸ Nos remitimos a las consideraciones al respecto de MARTIN REBOLLO, L., en su muy reciente libro sobre *La autonomía de Cantabria (1981–2008). Una radiografía institucional. Una reflexión prospectiva*, Parlamento de Cantabria, Santander, 2008, págs. 171 y ss.

Pero los factores negativos se han concentrado en un tracto temporal inusitadamente breve. Comienza con el fracaso de la Constitución europea y, casi coetáneamente, con el golpe infligido por la Corte Costituzionale al contenido dogmático de los nuevos Estatutos italianos, reduciéndolo prácticamente a la nada. A ello se une la tremenda crisis económica que súbitamente da la cara en los comienzos del verano de 2007; y al término de este mismo año la STC 247/2007 pone sordina a lo que dicen los Estatutos sobre todo derecho que no sea de corte estrictamente institucional, haciéndolo con una argumentación muy discutible, aunque posiblemente movida por el temor no confesado de que el Estado quede cautivo de sus propias leyes orgánicas aprobatorias de los Estatutos, en perjuicio de las competencias estatales mismas.

En fin, esta última reflexión nos coloca ante la paradoja quizás más destacable de la Sentencia referida. Su corte aperturista a la entrada en los Estatutos de contenidos distintos a los expresamente contemplados en la Constitución induce a pensar *prima facie* en un respaldo categórico hacia las flamantes Cartas estatutarias de derechos, falsa impresión que la propia Sentencia deja a la postre disuelta como un azucarillo, como veremos en su lugar.

Pero antes que nada conviene situarse en la realidad anterior en el tiempo a los nuevos Estatutos de Autonomía porque esa realidad invita a contemplar el panorama no sólo desde la altura de las abstracciones, sino también desde el suelo. Por eso queda situada al comienzo del discurso, como objeto del epígrafe siguiente.

II. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA, FACTOR DE IMPULSO Y CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. UNA IMPRONTA SOBRE LA LABOR REALIZADA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTE ÁMBITO

1. Consideraciones generales

Lo que habremos de señalar aquí de ningún modo supone minimizar el trascendente papel desempeñado por el Estado y su Administración en el campo de la acción social; pero no es ésta la vertiente que hay que considerar en esta ocasión, sino el impulso dado a estas políticas por las Comunidades Autónomas.

Puede afirmarse que la tendencia hacia la tutela de los derechos sociales ha sido tónica común en los territorios, sin que se aprecien sensibles diferen-

cias entre ellos; si se observa atentamente la legislación autonómica aparecida no cabe decir otra cosa. Pero quede claro que la anterior afirmación se circunscribe al hecho mismo de la producción normativa sobre la materia y no prejuzga sobre el grado de eficacia real y la calidad que la acción social prestadora haya alcanzado en cada Comunidad Autónoma. El número de leyes aprobadas por cada Parlamento autonómico no es un dato elocuente por sí mismo para poder deducir el nivel en que se encuentran las políticas sociales o el esfuerzo financiero puesto por cada Comunidad al servicio de estos objetivos, pues bien se sabe cuánto mimetismo guía la producción de este tipo de legislación y cuán proclive es ésta a ser utilizada como bandera. Pero tampoco es razonable hacer abstracción de tal dato, por su valor al menos indiciario de la sintonía con este orden de preocupaciones.

Existen más de tres centenares de leyes autonómicas en vigor producidas desde el inicio del sistema, ello sin contar las leyes que tienen por exclusivo objeto crear centros o servicios *ad hoc* ni las muchas disposiciones reglamentarias que concurren con las leyes en la regulación de estas materias. Se encuentran a la cabeza, en cuanto a número de leyes sociales aprobadas, por este orden, las Comunidades Autónomas de Madrid, Valencia y Cataluña, que rebasan sobradamente cada una de ellas la veintena de disposiciones con rango de ley, cifras que duplican prácticamente las leyes sobre la materia aprobadas por la Comunidad de La Rioja y la Región de Murcia, que son las que registran menor actividad al respecto, e incluso las de Asturias y Canarias, también situadas en números relativamente menores.

De ese voluminoso banco normativo pueden extraerse conclusiones de notable interés, siempre considerando esa labor legislativa como un todo y sin descender a particularizaciones ni a comparar lo hecho o lo dejado de hacer por Comunidades Autónomas determinadas. De este modo, dos órdenes de cuestiones cabe plantear a la vista de ese abigarrado conjunto de leyes; el primero se relaciona con el objeto mismo de esas leyes, qué tipo de derechos enuncian, cómo suelen quedar organizados desde el punto de vista formal; el segundo supone dar un paso más: analizar la estructura interna de las normas contenidas en dichas leyes y deducir cuál sea su eficacia jurídica real y la posición de los ciudadanos en cuanto a la exigibilidad de lo que dichas leyes proclaman o dicen reconocer o garantizar. A estos dos grandes aspectos nos referimos a continuación.

2. Objeto y estructura de las Leyes Autonómicas sobre la materia

El grueso de las leyes dictadas tiene por objeto las materias que la Constitución contempla como principios rectores de la política social y económica

(Cap. III, Tít. I), lo cual quiere decir que prácticamente no se observan derechos sociales nuevos que no puedan vincularse de algún modo con los mencionados en dicho Capítulo. Dicho lo anterior conviene aclarar que esa correlación entre las materias reguladas por las leyes autonómicas y el referido Capítulo de la Constitución es una concordancia relativa puesto que en numerosos casos esos principios son convertidos por las leyes autonómicas en derechos, lo cual significa que en el proceso de impulso dado por las Comunidades Autónomas al postulado del Estado Social, el desarrollo de los principios rectores constitucionales ha cubierto en tales casos la totalidad del camino posible, o sea, no se ha quedado en cualquier punto anterior a su cristalización como derechos públicos subjetivos plenos y perfectos.

No son muchas las leyes autonómicas que desarrollan o especifican de modo *frontal y directo* los genuinos derechos fundamentales que se contienen en el Capítulo II del mencionado Título I de la Constitución, ni siquiera los que dentro de ese Capítulo II son calificables a la vez como derechos sociales (derechos de participación y de acceso a los cargos públicos, educación, sindicación, huelga...) desarrollo que podrían hacer perfectamente, siempre que la Comunidad Autónoma contase con competencia para ello y no se menoscabasen lo más mínimo los propios derechos fundamentales, pues ésta debe considerarse condición *sine qua non* para que el desarrollo del derecho fundamental hecho por una ley autonómica –o por una ley orgánica aprobatoria de Estatuto de Autonomía– pueda reputarse lícito en términos constitucionales. Hay que citar en este apartado las leyes referidas a la *igualdad* entre mujeres y hombres, dictadas hasta el momento en siete Comunidades Autónomas. También han de integrarse en este grupo, por entroncar con el artículo 15 de la Constitución (derecho a la vida y a la integridad física y moral), las leyes autonómicas que en número de media docena establecen medidas protectoras contra los *malos tratos* y la *violencia doméstica*, así como las leyes que en igual número regulan la *llamada voluntad anticipada* o *testamento vital*, cuya regulación aparece de ordinario en apartados específicos de otras leyes que tienen por objeto central la protección de la salud. Quede anotado el dato de las muy escasas leyes que desarrollan el derecho a la *educación obligatoria* ex art. 27 CE –un derecho fundamental clasificable además entre los derechos sociales–, siendo más numerosas las leyes que se ocupan de promocionar la *educación de adultos*, materia ésta que conecta con el derecho de acceso a la cultura que luce como principio rector en el artículo 44.1 CE.

Aparte de lo anterior, hay que tener muy en cuenta que el desarrollo o especificación de derechos fundamentales se produce también no de modo directo sino a través de infinidad de normas que al regular materias de índole

social del más variado tipo (asistencia social, protección de la familia, drogo-dependencias, minusvalías, salud, etc.) establecen un vínculo o puente preciso entre el asunto objeto de regulación –por ejemplo, la protección del menor– y algunos o la mayoría de los derechos fundamentales enumerados en la Constitución, de tal modo que la tabla de derechos resultante, en este caso del menor, viene a tener la estructura de una especie de mini Constitución adaptada a las peculiaridades que ofrecen las necesidades de los menores (derecho a la igualdad, a no sufrir malos tratos, a la educación, derechos de asociación y reunión, etc., etc.). Así, nos encontramos ante un inmenso panorama de transposiciones indirectas de derechos constitucionales realizadas de forma masiva por estas leyes autonómicas reguladoras de derechos sociales determinados. De estas conexiones entre la materia social y los derechos fundamentales resultan unas combinaciones en número tan elevado que los derechos subjetivos resultantes, perfectamente perfilados e independientes entre sí, podrían contarse no ya por cientos, sino por miles. He aquí, por tanto, la visión del espectáculo en que consiste el resultado final del proceso de especificación de esos derechos fundamentales por las leyes autonómicas. Bien se ve que los derechos fundamentales están dotados de un poder de irradiación formidable, aunque aparezcan en la Constitución tan simples e incluso lacónicos. Esas leyes han ido extrayendo de ellos sus potencialidades, sacando a la luz sus facetas ocultas y haciéndolas brillar.

Pero esta traslación de derechos fundamentales no se produce sólo a través de estas leyes que tienen por objeto la regulación de derechos sociales sino también por vía de otras leyes autonómicas de objeto diverso (electorales, de régimen jurídico, procedimentales, de ordenación lingüística, de función pública, de protección de datos...) comprensivas de preceptos que guardan conexión cierta con tales derechos fundamentales. Ocurre esto, señaladamente, con el derecho de participación en asuntos, funciones y cargos públicos (art. 23 CE), especialmente susceptible de diversificación y desarrollo, dados los muchos aspectos que engloba (derecho a ser elector y elegible, al acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, derecho de acceso a los documentos, derecho a una buena Administración, etc.).

Dejando ya al margen esa interrelación entre leyes sociales y derechos fundamentales y volviendo a las características que ofrece la legislación social autonómica, en aras de la concisión valga afirmar con cierta rotundidad que los pilares fundamentales de todo ese edificio normativo son tres, cada uno de los cuales ofrece unas características propias que ayudan a comprender el conjunto. Son: a) *sanidad*, b) *asistencia social* y c) *protección de los menores*. Existen

dos buenas razones para destacar las áreas referidas: por una parte, exigen un gran despliegue de medios, sean dinerarios o de carácter técnico, por lo que constituyen el ejemplo vivo de la “prestación” pública definidora del Estado Social; y, por otra parte, algo tan importante como lo anterior: de esas leyes se desprende del modo más palpable un firme compromiso tanto en el establecimiento mismo de esas prestaciones como en su mantenimiento y mejora progresiva, dato éste que tiene mucho que ver con el reconocimiento de derechos públicos subjetivos en favor de los ciudadanos y que no se da, al menos con la misma intensidad, en otros sectores de la acción social, como habremos de ver más adelante.

a) El primer pilar lo compone la normativa sobre salud o sanidad, una auténtica constelación autónoma y separable del resto de la acción social y con una gran capacidad de percusión sobre los más diversos derechos fundamentales, comenzando por el derecho a la vida y todo lo que actualmente se mueve en su entorno (eutanasia, muerte digna, testamento vital, etc.) y terminando por derechos de corte administrativo, aunque también importantes (acceso al historial clínico, a su archivo y conservación, etc.).

Todas las Comunidades Autónomas –operando básicamente sobre su competencia en materia de “Sanidad e Higiene” (art. 148.1.21ª CE) y la de desarrollo de las bases estatales sobre sanidad (art. 149.1.16ª CE)– cuentan con leyes de cabecera en este ramo. Además, existen otras leyes autonómicas que en número diverso, reducido por lo general, vienen a complementar esas normas centrales sobre la materia, destacando las que versan sobre la salud escolar y sobre los derechos e información del paciente, siendo más escasas las que tienen por objeto específico la regulación de las listas de espera, la salud mental o la regulación de bancos de sangre y tejidos.

Todas las leyes de cabecera de los sistemas autonómicos de salud contienen largas listas de enunciados, formulados como derechos, de tal modo que de la yuxtaposición de dichas listas resultaría un catálogo de derechos relativos a la salud de dimensiones considerables. En ese panorama tan dispar juega como denominador común la Ley General de Sanidad con su catálogo de derechos (art. 10) más los incorporados por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 4)⁹.

⁹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Comares, Granada, 2007, págs. 243 y ss. Además, *vid. infra* nota 21.

Pero a los efectos que aquí nos interesan, este sector ofrece la mejor prueba sobre cómo se estructuran los derechos y cómo se consume el proceso de especificación de derechos fundamentales, hasta llegar a sus últimos extremos. En efecto, algunas de esas leyes optan por el método de hacer una larga relación de derechos, expresados de un modo muy breve e incluso solemne, lo cual realza el tono categórico de los enunciados pero a la vez deja huecos importantes a rellenar. En cambio, otras leyes siguen un método distinto y sin duda más perfecto y fiable que el anterior consistente en relacionar en primer lugar una serie de derechos básicos –una especie de “parte general”– (derecho a la asistencia sanitaria, a obtener información de los servicios sanitarios a los que se puede acceder, a obtener la Carta de derechos y deberes que rigen los centros sanitarios, a ser atendidos sin discriminación y con respeto a la intimidad y dignidad humana, a realizar reclamaciones y sugerencias... y un largo etcétera); y a continuación una tanda de derechos específicos aunque de amplio espectro que se regulan “monográficamente” en artículos independientes e incluso en capítulos *ad hoc*. Cada uno de estos subsectores del derecho principal –que es el derecho a la salud– es susceptible de ser dividido en otros particulares, y en muchos casos estos últimos también quedan escindidos en otros aún más pequeños, todo lo cual nos ofrece un panorama de creación de derechos en racimo donde cada elemento genera otras piezas y así sucesivamente. Así, en este sector salud hay un grupo de derechos específicos de “primer nivel”¹⁰ cada uno de los cuales se diversifica y concreta del modo sucesivo antes referido¹¹.

¹⁰ Derechos relacionados con el nacimiento; información asistencial; promoción y protección de la salud y la prevención de la enfermedad; igualdad y la no discriminación de las minorías; acceso a la atención sanitaria; derechos específicos de los enfermos mentales; los relacionados con la educación para la salud; derechos a programas y actuaciones especiales y preferentes; de los enfermos en fase Terminal; relativos a la autonomía del paciente; a la expresión de la voluntad anticipada; los relacionados con la intimidad y con la confidencialidad; derecho al acompañamiento; al acceso a la documentación o historia clínica; relacionados con la investigación y experimentación científica...

¹¹ Baste citar, a título de ejemplo, los derechos relacionados con el *nacimiento* donde se distinguen la serie de derechos específicos referidos a la madre, al recién nacido y a los padres en común; o los derechos relativos a la *autonomía del paciente*, del que se desprenden los derechos relacionados con el consentimiento informado, y los que se desprenden a su vez de éste (elegir entre opciones médicas o quirúrgicas, etc.), hasta llegar a sus últimas especificaciones, tales como el derecho a prestar el consentimiento a través de representante, consentimiento de los menores, etc.

b) El segundo basamento lo constituye necesariamente la legislación sobre *asistencia social*¹², que en puridad es el tronco de la acción social de los poderes públicos y cuyas ramas se extienden o pueden extenderse horizontalmente hacia las áreas especiales o colectivos determinados de personas que, además, suelen venir regulados por leyes específicas, que así resultan ser elementos desgajados de la ley de cabecera, esto es, la ley de Asistencia social de que se trate.

Todas las Comunidades Autónomas sin excepción cuentan con su respectiva Ley reguladora de la asistencia social, leyes que en su mayoría contienen generosas relaciones de derechos. Son acompañadas en algunas Comunidades Autónomas de otras leyes que regulan aspectos específicos de la materia, tales como los que se ocupan específicamente de las prestaciones económicas, la inserción social, la organización de los Centros y Servicios, el apoyo a las familias, etc. Cabe dejar anotado, por su alta significación en el campo de los derechos sociales, que son aún pocas las Comunidades Autónomas que han abordado directamente, mediante ley, la llamada “renta mínima de inserción” o “ingresos mínimos de subsistencia”, destinada a las personas carentes de recursos que se encuentran fuera de la órbita del mercado de trabajo y en situación de exclusión social, objetivo que en cambio sí aparece en todos los Estatutos de Autonomía de la nueva serie, proclamado, ora como derecho, ora como principio rector. Esta imagen normativa que ofrece la *renta de subsistencia* es similar a la que muestran las situaciones de *dependencia*, con la particularidad de que no existen específicas leyes autonómicas que regulen estas situaciones, ni todos los nuevos Estatutos de Autonomía se han hecho eco de esta responsabilidad, lo que tampoco prejuzga nada pues claro está que la atención real a un problema social no depende de la proclamación que de ello haga o no un Estatuto sino de la puesta en práctica de las competencias que en su caso la Comunidad Autónoma tenga sobre el particular¹³.

¹² Sobre el tema, PEMÁN GAVÍN, J. M., “El marco jurídico de la asistencia social en España: Competencias, principios y modalidades de la acción administrativa” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 23, 2003; del mismo autor voz “Asistencia Social”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2005; “La asistencia social en España: Delimitación conceptual y marco jurídico general” en *Documentación Administrativa*, núm. 271–272, 2005 y VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Institut de Dret Public, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹³ Sobre los especiales problemas de competencia que ha planteado la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, *vid.* MONTILLA MARTOS, J. A., “El debate competencial en torno a la Ley de Dependencia” en *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007, págs. 853 y ss. Las publicaciones sobre este sector son ya muy numerosas.

En términos generales, la estructura de esas leyes o, dicho de otra forma, el método utilizado para expresar el reconocimiento de los derechos, es análogo al del sector salud. Presentan, pues, una larga lista de derechos básicos¹⁴ más las regulaciones monográficas de derechos específicos (derechos de la familia, la infancia y la adolescencia, derecho a la información, prestaciones para las situaciones de dependencia) a los que hay que sumar los derechos relativos a las personas usuarias de centros y de servicios de atención diurna y nocturna, bloque éste que constituye un microcosmos de derechos del más variado tipo, señaladamente derechos fundamentales, ello inherente al hecho de la integración de la persona en una organización y un espacio físico y su convivencia con otras personas.

c) El tercer pilar puede representarlo la normativa relativa a la protección de los *menores*. Es válida como muestra, precisamente por tratarse de una regulación muy desgajada de la normativa troncal –la asistencia social– y porque todas las Comunidades Autónomas tienen sin excepción su ley principal sobre menores, a la que, incluso, se unen salpicadamente otras leyes especiales que regulan singularmente aspectos tales como la adopción de los menores o las medidas para protegerlos de las bebidas alcohólicas. Por tanto, un sector especial que genera sus propias leyes especiales. Aparte de ello, es un sector muy destacable porque las leyes que se refieren a los menores proclaman sus derechos con especial intensidad, llegando incluso a una minuciosidad rayana en la utopía.

Como ya advertimos *supra* las leyes autonómicas sobre protección de menores, en su mayoría, hacen una completa trasposición de derechos fundamentales aplicados a la infancia (civiles, políticos, económicos, laborales, sociales), amén de otros nacidos de la inventiva –a veces ilusoria– de los legisladores autonómicos (“derecho a conocer su pueblo o ciudad”, “a vivir en un entorno acorde con sus necesidades propias”, etc.). Pues bien, si tenemos en cuenta que dentro de esa tan extensa tabla de derechos se integran, como no podría ser de otro modo, el derecho a la salud, a la asistencia social, a la edu-

¹⁴ Derechos al acceso a los servicios, a recibir un trato debido, a la protección ante situaciones de desventaja derivadas de carencias básicas o esenciales, protección de la infancia y la adolescencia en situaciones de riesgo y desamparo, protección ante situación de riesgo social con medidas encaminadas a la inclusión social, a recibir atención urgente prioritaria...; amén de toda la serie de derechos que son traducción de derechos fundamentales: a la libertad religiosa, ideológica y de culto, al secreto de las comunicaciones, derecho de asociación, etc.

cación, etc. –tan expansivos en cuanto a su capacidad para proyectar nuevos derechos en todas direcciones–, bien puede comprenderse que la panorámica que se abre ante la vista es realmente inmensa.

Aparte de estos que hemos denominado pilares básicos de la normativa social existen otros sectores que han contado con una atención del legislador autonómico, si no igual, sí aproximada. Pueden situarse en un muy digno segundo nivel los conjuntos de leyes autonómicas que se ocupan de los *minusválidos*, señaladamente en lo que concierne a la supresión de barreras arquitectónicas y al uso de los perros guía, ya que no han proliferado precisamente leyes autonómicas que aborden los problemas de los minusválidos de modo específico e integral¹⁵ aunque –ocioso es reiterarlo– exista una normativa fragmentaria sobre esta área de atención, al igual que ocurre con otras áreas, dispersa por las distintas leyes autonómicas principales que regulan la acción social más generalizada a las que ya nos hemos referido: salud, asistencia social, menores, educación, etc. En este mismo nivel cabe situar la producción legislativa dirigida a atajar las *drogodependencias*, siendo aún mayor la dedicada a los servicios de *empleo*¹⁶ así como a la protección de los derechos de *consumidores* y *usuarios*¹⁷; y cabe incluir también en este importante segundo grupo el con-

¹⁵ Es ejemplo muy positivo en este sentido la Ley de la Comunidad Valenciana 11/2003, de 10 de abril, que amén de enunciar una tabla básica de derechos (acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos, diagnóstico precoz, trato personalizado, asesoramiento psicosocial, etc.) aborda monográficamente áreas específicas de atención: la materia educativa, en materia de rehabilitación, derechos de los padres y familiares, más todo lo concerniente a la estancia en residencias para personas incapaces y demás centros de atención, lo cual genera toda una estructura de derechos en racimo como ya expusimos más arriba en relación con el derecho a la salud.

¹⁶ La acción social para el empleo, en cuanto al reconocimiento de derechos, no tiene las dimensiones que venimos predicando de casi todos los demás sectores. Así, la tabla se reduce prácticamente a los derechos de información, no discriminación, confidencialidad y respeto a la intimidad personal.

¹⁷ En este sector pueden detectarse tres vertientes en cuanto al tipo de derechos reconocidos. Los que se predicen propiamente de los consumidores y usuarios (protección jurídica y reparación o indemnización por daños; información en materia de precios –que genera una serie muy numerosa de derechos– más todo el acervo de garantías que derivan de las relaciones contractuales inherentes a la materia, lo que abre un horizonte de derechos casi inabarcable); los derechos que se reconocen a las Asociaciones de Consumidores y usuarios (representación de los consumidores, declaración de utilidad pública, solicitar ayudas, ejercer derecho de audiencia y acciones populares, participar en el sistema arbitral de consumo, etc.); y una tercera rama referida a la educación y formación en materia de consumo.

junto de leyes relacionadas con la *protección de la familia* (mediación familiar, parejas de hecho, igualdad de la mujer) y el que se ocupa del *voluntariado*¹⁸ sobre el que existen leyes específicas prácticamente en todas las Comunidades Autónomas.

A partir de este nivel, la envergadura del panorama normativo desciende de manera notable. Así, puede situarse en un tercer nivel la serie de leyes producidas en relación con la atención a los *mayores* y cabe incluir en este mismo plano las relativas a la *promoción de la juventud*, pues aunque superiores en número son normas de menor “densidad” en cuanto al peso de las obligaciones ciertas que se contraen ante los posibles beneficiarios de este tipo de acciones. Y lo mismo puede decirse de las leyes que aluden al derecho a la *vivienda*, ricas en número pero pobres por lo general en cuanto al reconocimiento de derechos subjetivos a la prestación. En este mismo nivel cabe situar la legislación autonómica *medioambiental*. Y ya en un lugar residual la legislación relativa al *patrimonio* y la *cultura* (leyes de patrimonio histórico y del patrimonio cultural, de museos, bibliotecas, archivos, fomento del libro y la lectura, y cultura popular) ramas éstas en que los supuestos derechos de los ciudadanos se tornan algo borrosos como tales derechos sociales. Finalmente, no podrían dejar de mencionarse las dos Comunidades Autónomas (Navarra y País Vasco) que tienen aprobadas, mediante ley, Cartas de derechos sociales.

El anterior retablo trata de dar sólo la impronta *cuantitativa* de las leyes autonómicas dictadas en materia de derechos sociales así como una explicación aproximada de cómo se organiza esa red de derechos. Pero sobre todo trata de hacer patente la voluminosidad que ya ha alcanzado el fenómeno y que sirva para acreditar que cuando se habla de derechos sociales no se está aludiendo a algo abstracto que se encuentre aún entre las musas o que sea un hallazgo que estén alumbrando las tablas de derechos de los nuevos Estatutos de Autonomía sobre las que tanto se viene discutiendo. Pero más importante

¹⁸ Al igual que el anteriormente anotado, la legislación sobre voluntariado social también se proyecta en tres vertientes diferentes: en la proclamación de los derechos de los voluntarios cuyos obligados son por lo general sujetos privados, y que componen una larga lista (derechos de formación y disposición de medios necesarios, al aseguramiento, al resarcimiento de gastos realizados, etc.); derechos de los destinatarios de la acción voluntaria (a recibir información, a un trato digno, a que la acción voluntaria se desarrolle de acuerdo con los programas o proyectos previstos); derechos reconocidos a las entidades de voluntariado, esto es, las responsables de los proyectos correspondientes (solicitar medidas de apoyo y fomento para la actividad, reconocimiento del interés social de sus cometidos, etc.).

aún que esta impronta formal de esa realidad legislativa es captar cuál sea a la postre el *alcance* de los derechos proclamados a favor de los ciudadanos y de las obligaciones contraídas por los poderes públicos; lo que abordamos a continuación.

3. Valor y eficacia jurídica de los derechos sociales creados por la Legislación Autonómica

Por vía de síntesis puede afirmarse lo que sigue:

a) Una observación atenta de ese cúmulo de leyes autonómicas permite advertir, en primer lugar, la resolución con la que proclaman derechos subjetivos a favor de los beneficiarios. Por tanto, la tónica no es la simple promoción de acciones sociales positivas –opción en todo caso lícita y encomiable– sino la creación de auténticas *obligaciones* para con los beneficiarios de éstas. Esto puede ya predicarse de entrada de los tres sectores básicos garantizados: pensiones de la Seguridad Social, salud y educación¹⁹. Pues bien, la mayoría de las leyes autonómicas utilizan con toda frecuencia fórmulas “sacramentales” con las que se suelen consagrar los derechos subjetivos (“Todos tienen derecho...”; “Se reconoce –o se garantiza– el derecho...”; y cláusulas análogas). Es cierto que el uso de estas fórmulas no es factor definitivo para tener un derecho por nacido, pues consabido es cómo está enquistada en esta materia social el uso del “derecho–aspiración”, pero puede afirmarse con todo énfasis que los derechos proclamados en tales leyes son por lo general auténticos derechos, tanto por lo que los preceptos dicen como por el fondo normativo que los acompaña.

Tales fórmulas rituales no son condición suficiente para la creación de derechos, pero tampoco son condición necesaria, pues existen no pocas leyes que sin hacer proclamaciones especiales crean efectivamente derechos al regular cumplidamente la prestación de que se trate, determinando claramente los requisitos objetivos necesarios para su disfrute. Al tratarse de regímenes jurídicos reglados y no discrecionales –éstos serían difícilmente compatibles con el principio de igualdad– la figura del derecho subjetivo queda formada, si bien indirectamente, a lo que hay que añadir los derechos reaccionales dimanantes de la legalidad conculcada, concretamente de la infracción al principio

¹⁹ Vid. en este sentido TORNOS MAS, J., “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales” en *Documentación Administrativa*, núm. 271–272, 2005, pág. 375.

de igualdad, como ya advirtiera ESCRIBANO COLLADO respecto al acceso a las prestaciones sanitarias²⁰. En suma, se quiere decir que son bastante superiores en número las leyes sociales autonómicas que establecen derechos subjetivos en comparación con las que cumplen los postulados del Estado social a un nivel menos pleno.

b) Otro rasgo que llama considerablemente la atención es la desigual presencia de derechos subjetivos en los distintos sectores de la acción social, de tal modo que en algunos de ellos se dan con profusión mientras que en otros están prácticamente ausentes. De dichos sectores sobresale el de *salud*, donde las leyes de casi todas las Comunidades Autónomas configuran las prestaciones como derechos, del modo más inequívoco²¹. Igual sucede, aunque en tono algo inferior, en el ámbito de la protección de los *menores* que confirma así su posición destacada en el mundo de los derechos sociales; y en el mismo nivel puede situarse la legislación sobre protección y defensa de *consumidores* y usuarios, sector éste donde los muy numerosos derechos subjetivos que se crean o reconocen tienen generalmente como sujetos obligados a terceros privados, razón por la que no representan compromisos financieros para los poderes públicos que los establecen. Igual ocurre con la legislación sobre el *voluntariado* en la que abunda el reconocimiento de derechos subjetivos –a favor de los voluntarios y de las personas beneficiarias de la acción– pero no en cuanto a las relaciones entre las entidades de voluntariado y la Administración, ya que éstos discurren por vía de subvenciones y en función de las disponibilidades presupuestarias. También suponen cargas para terceros en gran medida

²⁰ *El Derecho a la salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, núm. 1, Sevilla 1976, págs. 50 y ss. Vid. asimismo GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, cit., pág. 176. Para el tema en general es obligada la cita de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *REDA*, núm. 7, 1975.

²¹ Pueden citarse por su expresividad la Ley 3/2003 de 10 de abril de la Región de Murcia y, desde luego, la Ley 2/2007 de 27 de marzo de la Comunidad de Cantabria. Como ya quedó dicho *supra* hay un denominador común formado por la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud con sus respectivas tablas de derechos, configurados como auténticos derechos subjetivos exigibles ante los tribunales (art. 1.4 LES) no obstante las carencias que presentan algunos de estos derechos en cuanto a su desorden reglamentario, lo que afecta a su eficacia real. Vid. la crítica en este sentido de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria...*, cit. pág. 246. Sobre la consolidación de las prestaciones sanitarias como derecho subjetivo, VIDA FERNÁNDEZ, J., en el libro coord. por Luciano Parejo, Alberto Palomar y Marcos Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons–Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III, Madrid, 2004.

—salvo que se trate de sitios o servicios públicos— la protección de los *minusválidos* en lo atinente a la supresión de barreras y asistencia de perros—guía. En la legislación que tiene por objeto la *asistencia social* es más reducido el número de leyes autonómicas que proclaman derechos subjetivos, aunque algunas de ellas son auténticamente ejemplares desde este punto de vista.

Fuera de los sectores citados las leyes autonómicas son mucho más “moderadas” o cautelosas a la hora de definir la prestación de que se trate como derecho subjetivo, limitándose por lo general a regular las actividades y la organización de los servicios al respecto. Esto se produce en sectores tan señalados como el de atención a las *drogodependencias* (aunque no faltan leyes que reconozcan derechos subjetivos de los afectados)²² y de *minusválidos*, también con algunas excepciones. Aparte de ello y siempre desde la dificultad de sentar conclusiones precisas desde el ingente material legislativo en presencia, cabe finalizar este breve balance señalando sectores prácticamente huérfanos de reconocimientos de derechos subjetivos —salud escolar, promoción de la juventud, educación de adultos, vivienda, medio ambiente, cultura (bibliotecas y museos), patrimonio cultural e histórico—, junto a otros donde brillan meritorias leyes reconocedoras de derechos subjetivos sobre prestaciones que denotan una alta implicación social. Así, además de los derechos a prestaciones de *asistencia social* reconocidos en un buen número de Comunidades Autónomas en sus leyes de cabecera, leyes especiales de atención a los *minusválidos* como las de Andalucía y Comunidad Valenciana²³, de reconocimiento de la *renta de ciudadanía*, y de *apoyo a las familias*, de Cataluña²⁴, o de protección de *ancianos* de Castilla y León, ramo en el que también debe destacarse la legislación de Cataluña y Extremadura²⁵.

c) Según venimos de relatar, a la vista del panorama legislativo autonómico, muy en síntesis descrito, puede afirmarse que la presencia de la garantía del derecho subjetivo a las prestaciones está notablemente arraigada, espe-

²² Así, Ley 18/1998 de 25 de junio del País Vasco, 5/2001 de 17 octubre de La Rioja, 1/2003 de 28 de enero de la Comunidad Valenciana y 4/2005 de 29 abril de las Islas Baleares.

²³ Leyes 1/1999 de 31 marzo y 11/2003 de 10 abril, respectivamente.

²⁴ Leyes 10/1997 de 3 julio, cuyo artículo 6 contempla los requisitos objetivos que dan derecho a la prestación automáticamente y 18/2003 de 4 julio.

²⁵ Ley 5/2003 de 3 abril de Castilla y León; 22/2000 de 29 diciembre de Cataluña y 2/1994 de 28 abril de Extremadura.

cialmente en sectores “estrella” de la acción social. Pero para sentar conclusiones fiables no basta con fijarse en la dicción de los preceptos que enuncian esos derechos, debiendo comprobarse si existen en esas mismas leyes otros preceptos que alteren esas enfáticas proclamaciones. Pues bien, aunque no en abundancia sí existen reglas que o bien ratifican o bien relativizan la fuerza de tales declaraciones.

En relación con las primeras, se dictan cláusulas de refuerzo de la garantía de las prestaciones y la responsabilidad pública al efecto²⁶ o se delimitan las prestaciones garantizadas o sujetas a las disponibilidades presupuestarias, mediante las oportunas “carteras de servicios” sociales²⁷ o se hacen remisiones a reglamentos para que éstos fijen el contenido de los derechos reconocidos por la Ley y establezcan los procedimientos y garantías para su efectividad²⁸, o se dictan directrices positivas de orden presupuestario²⁹ y para la mejora progresiva de las prestaciones³⁰; o, en fin, se proclama lisa y llanamente el carácter reglado y no graciable de las prestaciones³¹. En suma, el panorama ofrece un perfil muy positivo y concuerda con la apreciación que ya hiciera TORNOS MAS sobre la tendencia normativa a configurar como verdaderos derechos subjetivos prestaciones en materia de servicios sociales que antes tenían carácter graciable³².

²⁶ Ley 7/2003 de 9 diciembre de Sanidad de Galicia (art. 132); Ley 12/2007 de 11 de octubre de Servicios Sociales de Cataluña (art. 5c).

²⁷ Ley Foral 15/2006 de 14 diciembre, de Servicios Sociales de Navarra (art. 19); Ley 2/2007 de 27 marzo de Servicios Sociales de Cantabria. La Ley 13/2006 de 27 julio de Prestaciones Sociales de Carácter Económico de Cataluña hace relación de las “prestaciones de derecho subjetivo” de esta clase (art. 19 a 22).

²⁸ Así, Ley 8/2003 de 8 abril, de Castilla y León; Ley 4/2005 de 29 abril de Drogodependencias de las Islas Baleares; Ley 1/1998 de 20 abril de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía y Decreto 42/2002 de 12 febrero, dictado en desarrollo de aquélla.

²⁹ La Ley 14/2002 de 25 julio de Castilla y León, relativa a la protección de la infancia establece la prioridad presupuestaria para estos fines (art. 6).

³⁰ Ley 9/1991 de 2 octubre de Inserción Social de Galicia (Dispos. Trans. 1ª.2); Ley 15/1990 de 9 julio de Sanidad de Cataluña (Dispos. Adic. 4ª); Ley 9/1999 de 9 abril, del Instituto Aragonés de Empleo (Dispos. Adic. 3ª).

³¹ Ley 4/1987 de 25 marzo de Acción Social de Aragón (art. 3.f); Ley 18/1998 de 28 diciembre de Servicios Sociales de Castilla y León; Ley 3/2003 de 10 abril de Murcia.

³² “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales”, cit. págs. 378 y ss.

Pero aun siendo cierto lo anterior no cabe marginar el hecho de que un número estimable de leyes, aunque no excesivo, hace remisión a la cláusula de salvaguarda de las “disponibilidades presupuestarias”. Pero en esto hay que matizar debidamente porque la remisión a esta cláusula –utilizada muchas veces como muletilla o fórmula de estilo– no siempre es utilizada por el legislador con el fin de condicionar el valor del derecho subjetivo proclamado³³, aunque en otros casos sí tiene claramente esa finalidad³⁴; y ya dentro de esta última hipótesis también es preciso seguir matizando al objeto de calibrar el verdadero tamaño del fenómeno, distinguiendo, pues, cuándo ese condicionamiento de orden presupuestario se predica por la ley de los derechos subjetivos (con lo cual dejan de ser, en puridad, derechos subjetivos) y cuándo de los principios rectores (algo que les cuadra perfectamente, vista su naturaleza)³⁵. Y ya dentro de esos “derechos subjetivos” condicionados por las disponibilidades presupuestarias, hay que distinguir si están afectados todos los contemplados por la ley de que se trate, o sólo algunos de ellos, supuesto éste harto frecuente.

³³ Se trata, en efecto, de cláusulas generales dirigidas más a la organización de los servicios que a los concretos derechos que esas leyes proclaman. Así, p. ej., Ley 55/1997 de 5 de junio de Asistencia Social de la Comunidad Valenciana (art. 4.6); Ley 1/996 de 14 de mayo de Salud Mental de Cantabria (art. 11); Ley 8/1997 de 26 junio de Sanidad del País Vasco (art. 13); Ley 4/2005 de 17 junio de Salud Pública de la Comunidad Valenciana (art. 31); Ley 18/1998 de 25 junio de Drogodependencias del País Vasco (art. 38); Ley 5/2003 de 3 abril de Personas Mayores de Castilla y León; Ley 1/1993 de 6 abril de Sanidad de Castilla y León; Ley 1/2006 de 28 febrero de Protección de Menores de La Rioja (art. 88); Ley 11/1984 de 15 de octubre de Salud Escolar de Asturias (art. 48); Ley 2/1996 de 8 de mayo de Drogas de Galicia (art. 33); Ley 5/2002 de 27 junio de Drogodependencias y otros trastornos adictivos, de la Comunidad de Madrid (art. 47.1); Ley 9/1987 de 11 febrero de Acción Social de Islas Baleares (art. 5); Ley 5/1997 de 6 de octubre de Drogodependencias de Cantabria (art. 18.f); Ley 3/1994 de 29 marzo de Drogodependencias de Castilla y León (art. 18 f).

³⁴ En estos casos, la invocación a las “disponibilidades presupuestarias” sí se conecta claramente con el alcance de los beneficios formulados en principio como derechos subjetivos de tal modo que son susceptibles de vaciar de sentido estas formulaciones. Así, p. ej., Ley 7/2003 de 9 diciembre de Sanidad de Galicia (art. 133); Ley 7/2002 de 10 diciembre de Sanidad de Cantabria (arts. 28 y 43); Ley 3/1994 de 29 marzo de Drogodependientes de Castilla y León, Ley 2/2002 de 17 abril de la Rioja (art. 16 y Dispos. Adic. 1ª); Ley Foral 10/1990 de 23 noviembre de Salud de Navarra (art. 5.16); Ley 24/2001 de 20 de abril de Prestaciones de Inserción Social de La Rioja (arts. 5.2 y 48.2); Ley 8/2003 de 8 abril de Salud de Castilla y León y Ley 6/1999 de 7 julio de Atención y Protección de las Personas Mayores en Andalucía (art. 23.c).

³⁵ Así, la Ley 17/1998 de 25 junio del Voluntariado del País Vasco (art. 12); Ley 11/2002 de 2 diciembre de Protección de Consumidores y Usuarios de Asturias (art. 14 e); Ley 3/2997 de 21 marzo de Juventud de Aragón (art. 62); Ley 2/2003 de 30 enero de Vivienda de Canarias; Ley 18/2007 de 28 diciembre del Derecho a la Vivienda de Cataluña (art. 43. 6) y Ley 9/1992 de 7 octubre de Voluntariado Social de Aragón (art. 13).

Finalmente cabe añadir la observación de que estas cláusulas condicionantes de tipo económico tienen desigual presencia en la legislación autonómica, estando ausentes en las de algunas Comunidades Autónomas, siendo por contra muy frecuentes en otras³⁶.

A los efectos aquí pretendidos no es preciso afinar más en los detalles ni descender al terreno del comportamiento real de estos derechos pues queda suficientemente descrita tanto la magnitud de la implantación de la materia social en el ámbito autonómico, como acreditada la muy notable presencia de la figura del derecho subjetivo como instrumento garantizador, realidades éstas que no pueden ser ignoradas a la hora de valorar el hecho de la inserción de los derechos sociales en los nuevos Estatutos.

III. LA RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Hablamos de “recepción” en los Estatutos porque, dada la labor legislativa realizada por las Comunidades Autónomas en este campo, según venimos de ver, esa recepción se nos ofrece como un *continuum* lógico³⁷, por más que estas flamantes tablas de derechos sociales contribuyan en gran medida a forjar ese llamado “mito del Estatuto–Constitución”³⁸, o que tengan también que

³⁶ Además de las que han sido citadas en las notas precedentes, es paradigmática al respecto la legislación del País Vasco donde la Cláusula “en función de los recursos disponibles” está muy presente. Así, Leyes del País Vasco; 1/1993 de 19 febrero de la Escuela Pública Vasca, 20/1997 de 4 diciembre de Minusválidos; 6/2003 de 22 diciembre, Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarios; 3/2005 de 18 febrero, de Protección de la Infancia y Adolescencia. Un ejemplo de norma plagada de cautelas de este tipo es la Ley 11/1994 de 26 julio de Sanidad de Canarias (arts. 6, 7, 9, 96...).

³⁷ En este sentido hay que compartir la opinión de EXPÓSITO, E. sobre la aparente originalidad de los derechos que figuran en los nuevos Estatutos, dada la incorporación de contenidos y derechos –p. ej. salud– que el legislador ordinario ya había regulado: “El Estatuto lo único que hace es recibirlos, dotándolos de un rango normativo más elevado”, “La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía” en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 5, 2007, págs.189 y ss.

³⁸ *Vid.* MUÑOZ MACHADO, S., “El mito del Estado–Constitución” en *La reforma del Estado Autonómico* (dir. L. Ortega Álvarez), CEPC, Madrid, 2005, págs. 65–84. Por su parte, BALAGUER CALLEJÓN, M. L. hace relación de otras causas en “Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, Iustel, 2007, págs. 6 y 7.

ver con esa idea tan aireada de que se ha pasado de Estatutos que sólo hablaban de instituciones, a Estatutos que se preocupan “de la gente”³⁹. Pero ante todo, esa obra legislativa como antecedente legitimador está ahí y constituye un dato insoslayable como causa inmediata del despliegue sustantivo que ofrecen los nuevos Estatutos.

Es un hecho que los Estatutos originarios también declaraban derechos, deberes y, desde luego, proclamaciones de difícil clasificación jurídica⁴⁰. Pero existen diferencias fundamentales entre estos antiguos enunciados y las Cartas incluidas en los nuevos Estatutos; pueden resumirse en dos: en lo formal, el carácter aislado de aquéllos frente a la sistematicidad de los nuevos; en lo sustancial, la debilidad normativa de aquellos preceptos, salvo los estrictamente apegados a los derechos fundamentales⁴¹.

Expondremos seguidamente una impronta de las tablas incluidas en los nuevos Estatutos, principalmente en lo que interesa al presente estudio, que no es –valga recordarlo– el régimen mismo de los asuntos sociales, sino el valor de las normas que los regulan⁴².

³⁹ *Vid.* sobre el particular FERRERES COMELLA, V., “Derechos, deberes y principios en el Nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña” en obra colectiva del mismo título, CEPC, Madrid, 2006, pág. 10.

⁴⁰ MUÑOZ MACHADO, S. ya detectó tempranamente la existencia de normas de carácter no estatutario recogidas en los Estatutos; así regulaciones *per saltum*, normas reproductoras de derechos fundamentales, mandatos dirigidos a la Administración estatal, normas que expresan la decisión de participar en órganos estatales o que prevén el régimen de las transferencias. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2º edic., Iustel, Madrid, 2007, pág. 372.

⁴¹ Sobre la reiteración de derechos fundamentales en los Estatutos originarios, *vid.* SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., “Derechos y libertades públicas en los Estatutos de Autonomía: especial referencia al de la Comunidad Valenciana” en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 4, 1986.

⁴² Para un estudio más detallado de las propias materias han de verse los comentarios referidos a los nuevos Estatutos en general o los que versan sobre concretos Estatutos de Autonomía; así ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía” en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 2007, págs. 68 y ss.; APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía; ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?” en *El Clip*, núm. 42, 2007, págs. 12 y 13; EXPÓSITO, E., *La regulación de los derechos...*, cit. pág. 65; CATALÀ I BAS, A. H., “La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía” en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 4, 2005; del mismo autor, “Estatuto valenciano y construcción del Estado social” en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*,

Destaquemos lo realmente esencial. Primeramente es obligado resaltar las que pudieron llamarse cláusulas “autolimitativas” de los recientes Estatutos y que son tres: a) los enunciados de esas tablas sólo vinculan a los poderes públicos autonómicos⁴³, b) no alteran el régimen de las competencias establecidas; c) dejan a salvo los derechos constitucionales y demás asumidos en Tratados e instrumentos del ámbito internacional. Estas limitaciones quedan condensadas en la fórmula del artículo 37.4 del Estatuto de Cataluña, que luego fue plasmada en los Estatutos posteriores⁴⁴.

obra que comprende comentarios diversos a los Estatutos o Proyectos de la Comunidad Valenciana, Andalucía, Galicia, Canarias, País Vasco. Fundación Prof. Broseta. Valencia, 2007; FERRERES COMELLA, V., en *Derechos, deberes y principios...*, cit.; APARICIO, M. A., *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008; MARTÍN CUBAS, J., “La reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana”, en *Revista Cortes Generales*, núm. 66, 2005; TUR AUSINA, R., “La introducción de un catálogo de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunitat valenciana”, en *Un Estatuto para el siglo XXI*, vol I, *Revista valenciana d'Estudis autonòmics*, núms. 47/48, 2005, págs. 180 y ss.; CÁMARA VILLAR, G. y BALAGUER CALLEJON, F. (coords.): *Derechos, Deberes y Principios Rectores en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Perspectiva comparada*, edit. Factoría de Ideas, Centro de Estudios Andaluces, edición digital en la web de dicho Centro. AGUDO ZAMORA, M. J., “Derechos sociales y políticas públicas en la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía” en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2 dedicado a los Derechos Sociales; del mismo autor sus comentarios a los “Derechos sociales, deberes y políticas públicas” en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía* (dir. S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig), Thomson-Cívitas, Madrid, 2008. *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (dir. J. M. Baño León), Thomson/Cívitas. *La reforma de los Estatutos de Autonomía* (ob. col.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Valladolid, 2003.

⁴³ Es absolutamente expresiva del alcance de esta cláusula la modificación que sufrió el artículo 37.1 Estatuto catalán a su paso por las Cortes Generales. El texto propuesto decía: “Los derechos reconocidos por los Capítulos I, II y III del presente Título vinculan a todos los poderes públicos en Cataluña...”, siendo sustituida la preposición *en* por *de*, que es como figura en el texto vigente. La sola excepción es la relativa a los derechos previstos en los arts. 32 y 33 en materia de lengua que también vinculan a la Administración General del Estado. *Vid.* FERRERES COMELLA, V., “Derechos, deberes y principios...” en *Derechos, deberes y principios...* cit., pág. 22, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., “Sí, pueden: declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, pág. 34.

⁴⁴ El texto del artículo 37.4 fue añadido al proyecto de Estatuto catalán por la Comisión Constitucional del Congreso y se inspira en el artículo II-112.2 del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Así lo señala BIGLINO CAMPOS, P., “Los espejismos de la tabla de derechos” en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, cit. pág. 59. *Vid.* asimismo CARRILLO LÓPEZ, M., “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pág. 67. Los Estatutos que ofrecen una fórmula idéntica son los de Andalucía (art. 13), Islas Baleares (art. 13.3), Aragón (art. 6.3), Castilla y León (art. 8.3). El texto del proyecto de Estatuto de Castilla La Mancha contiene una fórmula (art. 6.4) que recoge dicha cláusula aunque sólo en parte.

“Los derechos y principios del presente título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España”.

A la vista de dicha fórmula, con la que el Estado ha realizado buena parte de su función controladora sobre los Estatutos, bien puede concluirse que la inserción de las Cartas en los Estatutos, si bien es un hecho relevante, no es algo que conmueva pilares básicos del sistema, si se comparte la idea –la legislación autonómica más arriba analizada da sobrado pie para compartirla– de que esas tablas de derechos no plantean un problema de desigualdad entre territorios contraria a la Constitución, punto éste que será considerado más adelante. Por otra parte, hay que señalar que, en buena lógica, una cláusula como la descrita –que en puridad sería innecesaria– debe disipar cualquier duda acerca del marco competencial en el que han de operar las Cartas de Derechos, lo que hace aún menos entendible la razón por la que la STC 247/2007 rebaja los derechos estatutarios a la condición de principios rectores o mandatos al legislador, como veremos, solución ésta con la que el TC quizás haya querido extirpar de raíz toda posibilidad de incursión extraña en el campo de las competencias estatales, máxime si aquélla proviene de Estatutos de Autonomía. Puede ser significativo el dato de que esa degradación de los derechos estatutarios la haya realizado la STC 247/2007 en relación con un Estatuto, el valenciano, que no contiene la cláusula a la que nos hemos referido.

Sentado lo anterior, las características esenciales de los nuevos Estatutos vistos en su conjunto son las siguientes:

a) *La organización de la materia.*– La heterogeneidad de los recientes Estatutos ya se aprecia en el modo de ordenar esa parte dogmática tan vinculada a la materia social. Aun siendo prácticamente coetáneos puede hablarse de Estatutos que ofrecen una excelente sistemática y otros muy deficientes al respecto. Es ocioso advertir que no hablamos de una cuestión meramente estética sino de gran repercusión sobre el valor mismo de lo que esas tablas contienen. Puede decirse que un Estatuto está bien “organizado” en tal sentido cuando los enunciados referidos a los derechos, deberes y principios están debidamente separados según su naturaleza, cuentan con un precepto que explicita el valor de cada categoría y una cláusula de cierre relativa a las garantías. En suma, si el Estatuto presenta la factura del Título I CE con unas reglas finales como las

de su artículo 53, habrá categorizado bien sus contenidos y ya no dejará muchas dudas acerca, por ejemplo, de cuándo estamos ante un derecho subjetivo y cuándo ante un principio rector, cuestión ésta ciertamente decisiva.

Con toda resolución puede afirmarse que es modélico en este aspecto el Estatuto de Castilla y León⁴⁵ y que también ofrecen una buena sistemática los de Cataluña y Andalucía pues, amén de clasificar debidamente las materias en sendos capítulos, añaden un último apartado relativo a las garantías; lo que no hace el Estatuto de Aragón ya que aunque distingue perfectamente entre derechos, deberes y principios rectores, carece en cambio de la pieza final expresiva del respectivo alcance jurídico de estas declaraciones. En todo caso hay que resaltar que estos Estatutos expresan con claridad meridiana cuándo la voluntad de la norma es la de establecer derechos o proclamar principios. También ofrecen los de Cataluña y Castilla y León algo tan plausible como la fusión en un solo capítulo de los derechos civiles y los derechos sociales, colocándolos así en un mismo plano y borrando su diferenciación histórica. El Estatuto de Andalucía va incluso más allá, pues el rótulo de su Título I sólo habla de “Derechos Sociales”, por contraposición a los “Principios rectores de las políticas públicas” (Cap. III). Sin embargo, desde este punto de vista de la organización de las materias no puede decirse lo mismo del Estatuto valenciano⁴⁶, el de Islas Baleares⁴⁷ o el proyecto estatutario de Castilla-La Mancha⁴⁸.

⁴⁵ Su Título I está subdividido en cinco capítulos cada uno de los cuales queda dedicado a una categoría de asuntos perfectamente clasificados (Disposiciones Generales, derechos, deberes, principios rectores y garantías). Su Capítulo II, relativo a los derechos, es muy clarificador; no deja duda alguna de que proclama derechos (“tienen derecho” es su expresión típica) y contiene un catálogo bien depurado de derechos sociales (art. 13). Ello no obsta a que en algunos casos haya una remisión a la ley (“en los términos establecidos en las leyes”).

⁴⁶ Ciertamente, su nuevo Título II es un tanto caótico, mezclándose en él derechos y principios rectores hasta el punto de que concurren a veces en un mismo artículo; además carece de precepto ordenador del conjunto y del relativo a la justiciabilidad. No obstante, ello no impide apreciar el impulso que el Estatuto pretende dar a los derechos sociales, como resulta de su artículo 10.1 y 4.

⁴⁷ También ofrece este Estatuto una deficiente ordenación, pues aunque las materias están separadas en artículos (no en Capítulos), hay en ellos un evidente desorden; *vid.* p. ej. la lista incompleta de derechos sociales de su artículo 16, en relación con los artículos 19, 21, 25, 27. Pero lo peor es que ese abigarrado conjunto de materias carece de una cláusula de cierre que estableciera los niveles de protección y evitara esa apariencia de *flatus vocis* que ofrece el Estatuto en este ámbito.

⁴⁸ Construye una dudosa categoría –“derechos de las personas”– donde agrupa los derechos que no son económicos y sociales (pero paradójicamente incluye los derechos de los mayores, me-

Algunos Estatutos, incluso los que ofrecen una mejor sistemática, presentan una peculiaridad cuya bondad se nos antoja dudosa, cual es la duplicidad deliberada de muchas materias, como derecho y como principio rector. Así lo hace con profusión el Estatuto de Cataluña y en alguna menor medida los de Andalucía y Comunidad Valenciana⁴⁹. No contribuyen estas duplicaciones a depurar las categorías jurídicas, ni resultan necesarias, razón por la que no merecen aplauso desde el ángulo del Derecho, pero no permiten argumentar ambigüedad que desdibuje la nitidez con la que los Estatutos, al menos los dos primeros mencionados, configuran los derechos subjetivos verdaderos. En todo caso, es mejor el criterio que brindan los Estatutos de Castilla y León y de Aragón en los que se aprecia mucha pulcritud en la distinción entre derechos y principios, no incurriendo en solapamiento alguno.

b) *La distinción entre derechos subjetivos y principios rectores.*— Las tablas de los seis Estatutos de la última etapa, más la del proyecto del de Castilla-La Mancha, contienen en su conjunto más de 400 enunciados, de los que más de la mitad se formulan como derechos subjetivos y el resto como principios rectores. Hay que insistir en esta fundamental distinción. Ya ha quedado dicho que pese a las duplicaciones que se dan en los Estatutos de Cataluña y de Andalucía la distinción entre derechos y principios no deja la menor duda, resultando palmario que el estatuyente sabía perfectamente lo que hacía⁵⁰. Con mayor o menor fortuna, otros Estatutos dan acogida a ambas categorías con lo cual secundan también el esquema constitucional. Una excepción notable en este panel es el Estatuto de Castilla-La Mancha, aún en tramitación, ya que únicamente proclama derechos, no contiene principios rectores; o, dicho de otro modo, todos los principios rectores de la Constitución son convertidos en derechos⁵¹. Desde el punto de vista formal nada habría que objetar pues el es-

nores, jóvenes, mujeres, discapacitados, desfavorecidos, minorías...). Además incluye entre tales derechos de la persona el principio de buena administración, acceso a archivos o registros, datos personales... En fin, creemos que no existen esos “derechos de la persona” como distintos de los derechos sociales y que la agrupación que se hace en el Capítulo I es artificiosa.

⁴⁹ En el Estatuto de Cataluña las duplicaciones pasan de la docena; en el de Andalucía no llegan a la decena. En el de la Comunidad Valenciana la dualidad se reduce a cuatro o cinco supuestos.

⁵⁰ Resulta terminante al respecto el artículo 12 del Estatuto de Andalucía al distinguir entre “titulares de derechos” y “destinatarios de políticas públicas”. La diferencia terminológica es bien elocuente.

⁵¹ En realidad, el Estatuto no establece una sola categoría —“Derechos”— como resultado de esa conversión, sino que mantiene la dualidad “Derechos” y “principios rectores convertidos en derechos” (art. 20) lo cual viene a ser una especie de alarde vano, sin justificación desde el punto de vista técnico.

tatuyente es muy libre de no incluir en el Estatuto principio rector alguno, pero es claro que una inflación de derechos por conversión masiva de principios rectores, aparte del riesgo de caer en la utopía, puede elevar peligrosamente el nivel de rigidez del Estatuto, convertido así en una especie de programa político cerrado y condicionante de todos los recursos disponibles.

c) *Las garantías.*— Las cláusulas de cierre tienen la virtud de fijar el alcance jurídico de los tipos de normas comprendidas en estas Cartas. Del conjunto de los Estatutos puede extraerse como conclusión general que éstos crean verdaderos derechos subjetivos, no sólo por la claridad con la que expresan esa voluntad sino por las garantías que anudan a esas declaraciones. Es terminante en este sentido el Estatuto de Cataluña con su serie de instrumentos garantizadores de los derechos contemplados en su Título I⁵²; y no menos alcance garantizador tiene el Estatuto de Andalucía cuyos derechos “vinculan a los poderes públicos andaluces”⁵³, siendo residenciables ante la jurisdicción correspondiente los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos definidos por el Estatuto (art. 39). En un nivel análogo se encuentra el Estatuto de Castilla y León cuyos derechos “son exigibles en sede judicial bajo las condiciones legalmente establecidas” (art. 17.1) y lo mismo cabe decir del Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 21.4), éste con la peculiaridad de que la exigibilidad ante los Tribunales se sobredimensiona por razón de que todo lo que establece son derechos, y con el añadido de que “Los presupuestos de Castilla-La Mancha contendrán las partidas presupuestarias suficientes referidas al sostén financiero de los derechos contemplado en este Título” (art. 21.1). En cambio, muy diferente es el tratamiento que las garantías reciben en los Estatutos de Islas Baleares y de la Comunidad Valenciana, claramente deficitarios en este aspecto. Paradójicamente las circunstancias han

⁵² Arts. 37 y 38 y concordantes del Estatuto. En síntesis, se trata de la vinculación directa de los derechos reconocidos por los Capítulos I, II y III a todos los poderes públicos de Cataluña, derechos que, además, “deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad” (art. 37.1); reserva de ley para su regulación esencial (art. 37.3); tutela –dictamen vinculante– por el Consejo de Garantías Estatutarias (art. 38.1); recurso contra los actos que vulneren los derechos reconocidos por los capítulos mencionados ante el TSJ de Cataluña (art. 38.2); defensa por el Sindic de Greuges (art. 78).

⁵³ Así lo proclama el artículo 38, añadiendo que “El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”.

querido que el debate sobre la posibilidad de que los Estatutos establezcan derechos haya girado en torno al artículo 17.1 del Estatuto valenciano⁵⁴, especialmente vulnerable en estos aspectos. Cabe preguntarse si la doctrina de la STC 247/2007 hubiera sido la misma de haberse enfrentado el Tribunal la primera vez a un Estatuto provisto de preceptos categóricos como los anteriormente reseñados.

En cuanto a los principios rectores, el tratamiento que ofrecen los Estatutos corre parejo con la desigualdad ya relatada. Así, en los Estatutos mejor estructurados, tales principios presentan las características que les son propias, quedando descuidados estos extremos en los Estatutos que carecen de lo que hemos denominado “cláusulas de cierre”⁵⁵.

Sobre el control judicial, cuestión de importancia suma, a lo más que lleguen los Estatutos es a invocar la competencia de la “jurisdicción correspondiente” o a residenciar ante el Tribunal Superior de Justicia respectivo los “actos” de los poderes públicos contrarios a los derechos definidos por el Estatuto.

⁵⁴ Aunque el artículo 17.1 del Estatuto valenciano haya sido la causa motivadora de la STC 247/2007, lo que interesa aquí de ésta son sus pronunciamientos generales. Para un análisis del tratamiento concreto dado por la Sentencia a dicho precepto puede verse el excelente estudio de GARRORENA MORALES, A., en *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas*, Fundación IEA, Murcia, 2008, pág. 44 y ss. Sobre los preceptos referentes a las aguas en los nuevos Estatutos de Autonomía, puede verse LÓPEZ MENUÑO, F., “Agua y Territorio” en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, IDP, Barcelona, 2008, pág. 46–82.

⁵⁵ Valga citar como ejemplo de los primeros el Estatuto de Cataluña con su prolija lista de principios rectores, algunos de los cuales traen causa de los del texto constitucional, otros son de pura creación estatutaria y un tercer grupo, bastante numeroso, versa sobre temas ajenos a los derechos sociales. Es clave su artículo 39: “Son exigibles ante la jurisdicción, de acuerdo con lo que determinan las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan”, fórmula parecida pero no idéntica a la del artículo 53.3 CE (“sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”) que puede dar pie a la interpretación de que el Estatuto supera a la Constitución en cuanto a la voluntad de tutelar judicialmente estos principios. Semejante redacción ofrece el artículo 40 del Estatuto de Andalucía (aptdo. 1) en cuyo apartado 2 ordena “el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas”. Por su parte, digno de mencionar es el Estatuto de Castilla y León por la gran cantidad de principios rectores que crea, distintos de los del Cap. III del Tít. I de la CE, principios estos que el Estatuto no repite. Por lo demás, utiliza la fórmula de los Estatutos catalán y andaluz (“son exigibles ante la jurisdicción...”), artículo 17.3, expresión que al menos literalmente no es muy distinta a la que emplea para los genuinos derechos: “Son exigibles en sede judicial bajo las condiciones legalmente establecidas” (art. 17.1).

to. Precisamente, la incorporación de estos derechos y principios en los nuevos Estatutos trae consigo la duda de si pueden plantearse ante el Tribunal Constitucional recursos contra leyes autonómicas que contraríen lo estatutariamente dispuesto –no necesariamente en el ámbito de las competencias–, duda razonable⁵⁶ que la propia STC 247/2007 ha querido disipar expresamente, como oportunamente ha señalado REBOLLO PUIG⁵⁷, al declarar en su Fto. Jur. 15 que:

“... tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto.”

Ello supone equiparar la antiestatutoriedad a la inconstitucionalidad, cualquiera que sea el tipo de precepto estatutario conculcado por la ley.

d) *Remisiones estatutarias a futuras Cartas de Derechos sociales.*– Concretamente los Estatutos de Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares encomiendan a sus respectivos parlamentos la aprobación de una Carta “de derechos y deberes” o de “derechos sociales”. No obstante, existen diferencias entre ellos pues las dos últimas hacen una mera remisión a la Ley en tanto que, en el caso de Cataluña, la Carta viene a ser un elemento desgajado del Estatuto que goza de su misma fuerza vinculante⁵⁸, lo cual no deja de suscitar problemas no sólo de índole formal, sino de fondo, cuyo desarrollo en detalle no es aquí necesario⁵⁹.

⁵⁶ MUÑOZ MACHADO, S. incluso ha visto en ello “uno de los defectos más serios que plantea el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes”. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, Iustel, 2006, pág. 705.

⁵⁷ *Comentarios al Estatuto de Andalucía* (dir. Muñoz Machado y Rebollo Puig), cit. pág. 141–142 (nota 45), donde el autor plantea cumplidamente la cuestión, incluyendo la opinión de algunos autores que no han visto nunca problema en afirmar que las leyes contrarias al Estatuto son nulas por inconstitucionales y así deben ser declaradas por el TC.

⁵⁸ Art. 37.2: “El Parlamento debe aprobar por ley la Carta de los Derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña. Las disposiciones del presente artículo relativas a los derechos reconocidos por los Capítulos I, II y III del presente Título deben realizarse por Ley del Parlamento”.

⁵⁹ Baste dejar apuntado cómo desde la perspectiva formal no se explica que tras un Estatuto tan minucioso y prolijo como el catalán donde parece no haber quedado suelto nada de lo que ocurre o pueda ocurrir, haya de dictarse un nuevo texto sobrepuesto al Estatuto dotado de la ri-

e) *Los contenidos. Breve referencia.*— También los contenidos estatutarios están presididos por la más pura heterogeneidad. Pese al reducido número de Estatutos considerados no es posible encontrar ningún hilo conductor común.

— Así, en cuanto a los derechos sociales que son a su vez derechos fundamentales de la Constitución o especificaciones de éstos, son particularmente densos los Estatutos de Cataluña, Islas Baleares y Andalucía, mientras que ofrecen menor contenido de este tipo los de Comunidad Valenciana, Aragón⁶⁰ y Castilla y León⁶¹. Por lo que respecta al *principio de igualdad* la diversidad es absoluta. Pueden contarse en conjunto hasta una decena de especificaciones de la igualdad (no discriminación por razón de sexo, o de orientación sexual, o por la condición de inmigrante, lucha contra el sexismo, derecho a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, etc.). Pues bien, no todos los Estatutos contemplan estas especificaciones, y lo más llamativo es que en unos aparecen formuladas como derechos y en otros como principios rectores. Está presente este valor de la igualdad con especial intensidad en los Estatutos de Cataluña, Andalucía e Islas Baleares.

— La misma disparidad presentan las previsiones estatutarias relacionadas con la *voluntad anticipada* y *muerte digna* que aparecen como derechos subjetivos en la mayoría de los Estatutos (salvo el de la Comunidad Valenciana y Castilla y León). También está presente en la mayoría de ellos el derecho a *no sufrir tratos inhumanos o degradantes*, pero en unos casos como tales derechos y en otros como principios rectores.

gidez que es propia de estas leyes catalanas de Desarrollo Básico del Estatuto (art. 62.2). Vid. la crítica al respecto de FERRERES COMELLA, V., “Derechos, deberes y principios...” en *Derechos, deberes...*cit., pág. 34. Por otra parte, el problema de fondo deriva del hecho de que se crea una suerte de norma diferida, del mismo valor material que el Estatuto, capaz de vincular al propio legislador y de congelar opciones políticas futuras, con una legitimidad indudablemente menor que la que asiste al estatuyente cuando hace lo propio. No creemos que sea lo mismo petrificar de tal modo una determinada solución en el “momento estatuyente”, que hacerlo en cualquier otro momento tan pronto exista una mayoría parlamentaria suficiente.

⁶⁰ Ciertamente, es discreta su inmisión en el campo de los derechos fundamentales, salvo en lo que atañe a los derechos de participación (art. 23 CE) y el derecho a expresar voluntad anticipada ligado al artículo 15 CE. Es singular que las especificaciones de la igualdad (no discriminación, igualdad de mujeres y hombres) estén formuladas no como derechos sino como principios rectores.

⁶¹ También este Estatuto incide escasamente sobre los derechos fundamentales de la Constitución, salvo en lo relativo al artículo 23 CE sobre participación en los asuntos públicos, donde el Estatuto sí contiene abundantes especificaciones. Esto y la igualdad entre mujeres y hombres es lo que agota el campo donde el Estatuto se adentra en el Cap. II, Tít. I CE.

– Especial diversificación ofrece el derecho constitucional a *participar en asuntos, funciones y cargos públicos* (art. 23 CE), un nutrido catálogo donde predominan los derechos subjetivos, si bien no pocos de ellos (derecho a una buena administración, de acceso a los documentos, al uso de la lengua, a la protección de datos personales, acceso a los empleos públicos con arreglo al mérito y capacidad, etc.) ya figuran consagrados en otras leyes, señaladamente la Ley 30/1992 de RJAP y PAC. Los Estatutos de Andalucía, Islas Baleares y Castilla y León son los que hacen mayor hincapié en estos derechos.

– Sobre el *derecho a la educación* (art. 27 CE), otro derecho fundamental, amén de social, los Estatutos en conjunto contienen una veintena de especificaciones (gratuidad de los libros de texto, derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones, derecho a la formación permanente, acceso a las Universidades en condiciones de igualdad, derecho a la integración de personas con necesidades educativas especiales, etc.). Destaca por su atención al respecto el Estatuto de Andalucía seguido del de Cataluña, siendo por el contrario muy escasa la que ofrecen los Estatutos de Aragón y Castilla y León, y nula el de la Comunidad Valenciana.

– Son genuinos derechos sociales los contemplados como fundamentales en los artículos 28, 35 y 37 de la CE (*libertad de sindicación y derecho de huelga; derecho al trabajo; negociación colectiva*)⁶², todos los cuales figuran incluso en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Carta Social Europea. Pues bien, en los Estatutos no aparecen especificaciones y ni siquiera reiteraciones de estos derechos fundamentales sociales.

– *La protección de la familia, de los hijos, madres e infancia* es el primero de los principios rectores de la Constitución (art. 39), singularmente representativo de la materia social. Los Estatutos concretan estos principios en tres de sus manifestaciones más principales: protección de la familia (mayoritariamente como tal principio rector), derechos de las parejas estables, y protección del menor (mayoritariamente como derecho subjetivo). Llama la atención que estén ausentes en los Estatutos algunos de los enunciados contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tales como la protección a las madres trabajadoras o la prohibición del trabajo infantil; aunque lo que más sorprende es que la protección del menor figure en algunos Estatutos (Co-

⁶² Sobre estos derechos, *vid.* MONTOYA MELGAR, A., “Valores y derechos sociales en la Constitución española de 1978” en *Libro Homenaje al Profesor Roca Juan*, págs. 557 y ss.

munidad Valenciana, Baleares, Aragón) sólo como principio rector, cuando la legislación de esas Comunidades ya la tiene establecida como derecho. No es que se trate de algo incompatible pero sí es incongruente.

– En materia de *promoción y protección del trabajador* (art. 40) es nutrido el catálogo de especificaciones conformado por los Estatutos. Predominan, con diferencia, los principios sobre los derechos, referidos éstos a cuestiones de tono menor por superadas, tales como el derecho de acceso a los servicios de colocación, la formación permanente o la garantía del descanso y vacaciones retribuidas. Llama la atención el hecho de que el postulado del artículo 42 CE (retorno de trabajadores en el extranjero) sólo lo contemplan dos Estatutos (Aragón y Castilla y León) en calidad de principios rectores.

– Como no podía ser de otro modo, los Estatutos dan acogida al contenido del artículo 41 CE, relativo a las prestaciones de *Seguridad Social*, incluida la prestación en situaciones de *dependencia* y la *renta básica de subsistencia*. En los Estatutos se configuran todas estas prestaciones como derechos con la excepción del de Islas Baleares donde, curiosamente, aparecen como principios rectores a excepción precisamente de la renta de subsistencia, formulada como derecho. Solución igualmente curiosa la ofrece el Estatuto de Aragón, donde la referida “renta” figura como principio rector, guardando silencio sobre el resto de prestaciones de Seguridad Social.

– En cuando al *derecho a la salud* (art. 43 CE) todos los Estatutos sin excepción contemplan como derechos sus diversas especificaciones siendo el de Andalucía el más prolijo al respecto si bien, como contrapunto, es el que más cautelas contiene en cuanto a la inclusión de la cláusula de que el *ejercicio*—sic— de los derechos será “en los términos, condiciones y requisitos” que la ley establezca (art. 22.4), siendo así que algunos de estos derechos serían perfectamente ejercitables sin ese desarrollo (p. ej.. derecho a una segunda opinión médica; a la información sobre los servicios a los que puede accederse...) como resulta de la propia legislación ordinaria de la Comunidad. Paradójicamente, este Estatuto proclama de forma categórica, sin condiciones, la garantía misma de la existencia de un sistema sanitario público (también el Estatuto de Aragón), a diferencia de la postura más “tibia” de los de Cataluña y Baleares—sólo como principio rector— y la ausencia de mención alguna en los de la Comunidad Valenciana, Castilla y León y Castilla-La Mancha.

– Llama la atención que los principios rectores constitucionales de *acceso a la cultura y promoción de la ciencia e investigación* (art. 44 CE) vengan sin embargo formulados en los Estatutos como derechos (a excepción del Valenciano) y además sin cláusula de remisión a las leyes de desarrollo, cuando en es-

ta materia tal desarrollo parece imprescindible, todo lo cual lleva a la sospecha de que se está pasando al terreno de los “derechos-aspiración” más que al de los auténticos derechos subjetivos estatutarios, aunque cierto es que la ausencia de dicha cláusula no impide considerarla implícita.

– El *medio ambiente* (art. 45 CE) se formula como derecho en los Estatutos (salvo el de Castilla y León). Hay una concreción del mismo especialmente presente, en dichos Estatutos, igualmente como derecho: el de disfrutar de los recursos naturales situados en el territorio. Aparte de ello son muy numerosas las especificaciones que quedan proclamadas como principios rectores, destacando los catálogos que ofrecen al respecto los Estatutos de Cataluña y Andalucía.

– En aras de la síntesis y por lo que se refiere a los restantes principios rectores de la Constitución puede afirmarse que salvo en materia de “participación de la juventud” (art. 48), predominan los enunciados proclamados como derechos sobre los formulados como principios rectores; así y por este orden los referidos a *vivienda* (art. 47), *consumidores y usuarios* (art. 51), *minusválidos* (art. 49), *protección de la tercera edad* (art. 50).

– Además de los contenidos referidos, los Estatutos contienen enunciados nuevos en número aproximado al medio centenar, en su gran mayoría formulados como principios rectores, con unas excepciones harto significativas: los enunciados relativos al agua, contemplados en el Estatuto de Aragón y en el ya celeberrimo artículo 17 del valenciano. Conforman un catálogo de principios de lo más variado: desde lo más ampuloso (“defensa y promoción de los derechos sociales”, “servicios públicos de calidad”, “derecho de los ciudadanos a recibir una información plural y veraz”, “defensa de los valores e intereses del pueblo”...) hasta lo que se percibe como medidas operativas concretas e inmediatas (“lucha contra la despoblación”, “fomento del voluntariado”, “protección a personas dañadas por catástrofes”, “incremento de la seguridad vial”, “defensa de la lengua catalana”, etc.). Destacan sobremanera en la aportación de estos nuevos principios los Estatutos de Castilla y León y de Cataluña, a la vista de los cuales da la impresión de que no queda ya aspecto alguno de la vida social que no haya sido recogido en los Estatutos de Autonomía.

IV. UN *EXCURSUS* IMPUESTO POR LA STC 247/2007 DE 12 DICIEMBRE: PODER DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PARA PROCLAMAR PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra el artículo 17.1 del Estatuto valenciano, según resulta del relato de

hechos del Antecedente I de la STC 247/2007 de 12 de diciembre, no cuestiona si las leyes autonómicas pueden crear derechos u obligaciones, sino si esto lo puede hacer un Estatuto. Sin embargo, la Sentencia no se enfrenta de inmediato a tal asunto sino que previamente se enfrasca en el análisis del papel que desempeña al respecto la ley autonómica, de tal modo que ésta constituye el eje sobre el que gira todo el razonamiento sobre las facultades del legislador y sus límites, esfuerzo innecesario a la vista de la ingente labor realizada al respecto por las Comunidades Autónomas en los últimos veinticinco años, creando masivamente derechos y deberes, por lo que el discurso se antoja como una elucubración desfasada, superada por la realidad. Pero el Tribunal ha optado en este caso por recibir la doctrina acuñada en torno a las leyes autonómicas creadoras de derechos, tejer con ella un fondo argumental favorable a sus tesis y extrapolar las conclusiones al plano de los Estatutos, por cierto de forma expeditiva.

1. La posibilidad de desarrollar y “especificar” derechos fundamentales

La inmisión de las leyes autonómicas en el ámbito de los derechos fundamentales y entre ellos los de contenido social (salvo en sus aspectos esenciales), más que algo posible es un hecho indiscutible; se encuentra avalado en la práctica por innumerables leyes autonómicas, está palpablemente reflejado en los nuevos Estatutos de Autonomía y cuenta con un apoyo inequívoco de la jurisprudencia constitucional. Ya la temprana Sentencia 25/1981 de 14 de julio (Fto. Jur. 5), declaró que “*Los derechos constitucionales no se ven afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado*”. Con la Sentencia 37/1981 quedó prontamente establecida la barrera entre lo que compete hacer al Estado en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales (“cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”) y lo que pueden hacer las Comunidades Autónomas siempre que cuenten con competencia suficiente (“cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio”). Esta doctrina, seguida por otra importante STC 173/1998, relativa al derecho de asociación, ha sido cumplidamente estudiada por PEMÁN GAVÍN y por otros autores⁶³ a resultas de lo cual se concluye

⁶³ PEMÁN GAVÍN, J. M., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 207–228. VIVER PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional*. Ariel, Barcelona,

que en el ámbito de los derechos fundamentales pueden darse competencias exclusivas del Estado, competencias compartidas e incluso, como destaca ORTEGA ÁLVAREZ, regulación exclusiva de la Comunidad Autónoma en determinados derechos fundamentales como el de participación política (así, los derechos de participación en las elecciones autonómicas)⁶⁴.

Ciertamente, los espacios abiertos al legislador autonómico son considerables y la fijación de hasta dónde éste puede llegar se sitúa en el marco de las reglas sobre la distribución competencial⁶⁵, (siempre correspondiendo al Estado la regulación de lo esencial). Y en la misma línea, la STC 247/2007 sobre el Estatuto valenciano declara que “nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial”, de tal modo que es posible que la normativa autonómica incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos (Fto. Jur. 13).

La Sentencia 247/2007 toca esta cuestión cuando aborda el tema del contenido posible de los Estatutos y lo hace no con la claridad deseable, dada la trascendencia del asunto, echando sobre el intérprete una carga que tendría que haber evitado. Veremos todo ello en el siguiente capítulo, precisamente dedicado a los Estatutos.

2. La posibilidad de crear derechos nuevos (o derivados de principios rectores constitucionales)

Aclaremos el sentido del epígrafe por vía negativa: los derechos aquí referidos son ajenos a los derechos fundamentales; por tanto, se trata de los derechos subjetivos ordinarios o típicos de todo ordenamiento jurídico, que son, desde el punto de vista cuantitativo, incomparablemente más numerosos que

1989. LÓPEZ GUERRA, L., “La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1ª CE” en *La función del artículo 149.1.1ª CE en el sistema de distribución de competencias*, VV. AA., Generalidad de Cataluña, Barcelona, 1992. LUCAS MURILLO, E., “Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales” en *Revista de Derecho Político*, núm. 46, 1999. ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Los derechos ciudadanos...” en *Estado compuesto...*, cit.

⁶⁴ ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Los derechos ciudadanos...”, en *Estado compuesto...* cit., pág. 60–61.

⁶⁵ Vid. LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Comentario al artículo 139. Autonomía e igualdad. La posición jurídica de los ciudadanos en el Estado de las Autonomías” en *Comentarios a la Constitución española*, (dir. Oscar Alzaga), Cortes Generales–EDERSA, pág. 477.

los derechos fundamentales. A estas alturas, plantear en clave especulativa la posibilidad de que las leyes autonómicas establezcan derechos subjetivos es incluso extravagante a la luz de la realidad que ya hemos descrito en capítulo anterior. Esa realidad es simplemente el fruto de la lógica del sistema: diecisiete parlamentos autonómicos produciendo leyes, distintas políticas presionando sobre ellos, bagajes competenciales más que sobrados para incidir en muchísimos aspectos de la vida social..., la conclusión irrefutable es que sería casi imposible hacer un inventario de los derechos y deberes creados por los ordenamientos autonómicos. Por tanto, lo propio es hablar de *límites* a ese poder generador de relaciones y situaciones jurídicas, no de *posibilidad*. A ese poder se ha referido la STC 247/2007 (Fto. Jur. 14) en términos categóricos, como no podía ser de otra forma:

“nuestra Constitución permite que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los efectos consiguientes sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico, efectos que podrán producirse a través de los diversos medios, instrumentos o técnicas que son inherentes al ejercicio de la autonomía política (declaraciones programáticas, formulación de derechos subjetivos de los destinatarios de las actuaciones o adopción de medidas concretas, entre otras posibles)”.

Sentado lo anterior, hay que insistir en que los derechos a los que aquí nos estamos refiriendo son, efectivamente, los creados *ex novo* por el legislador autonómico en virtud de su propia voluntad e inventiva o por encontrarse compelido para ello por la legislación básica estatal de un modo más o menos definido. Pero además, han de incluirse en el círculo de estos derechos “nuevos” o no fundamentales, los creados por las Comunidades Autónomas en ejecución de los principios rectores de la política social y económica del Cap. III, Tít. I CE, ya que la Constitución no obliga a convertir necesariamente esos principios en derechos públicos subjetivos. Por esta razón, el establecimiento de un derecho por ley autonómica será un derecho de pura creación suya, aunque traiga causa de un principio rector de la Constitución; un derecho, eso sí, que supone la materialización más acabada de ese postulado constitucional.

Estas leyes autonómicas que crean derechos, deberes y principios, como ordinarias que son, podrán ser derogadas por otras leyes autonómicas posteriores; pero se plantea la cuestión de hasta qué punto ese poder derogatorio es libre si se trata de eliminar o de modificar *in peius* leyes sociales que ya han marcado un nivel o estándar de prestaciones y, desde luego, cómo reparar los

derechos adquiridos por los sujetos beneficiarios titulares de derechos subjetivos, temas éstos que tienen relación con los problemas sobre la efectividad de los derechos sociales que abordaremos al final de este discurso.

De otra parte, es perfectamente posible que las leyes autonómicas no sólo establezcan o reconozcan derechos y deberes, sino que proclamen principios, objetivos o directrices con la pretensión de vincular la producción normativa ulterior y la acción administrativa. Esta práctica es bien visible en las leyes de cabecera que regulan las áreas más significativas de la acción social, como vimos *supra*. Pues bien, hay que decir que al venir formulados tales principios con el rango de la ley, serán vinculantes para las disposiciones reglamentarias y demás actuación administrativa pero no vincularán al propio legislador autonómico. Ahora bien, lógico será que en una situación normal, las eventuales leyes posteriores que pudieran aprobarse se plieguen a los criterios proclamados por la ley institucional o de cabecera, revestida así de una especie de superioridad material como es lo propio de los conjuntos normativos bien organizados. Pero hay que insistir: en el plano de la legislación ordinaria es posible que el legislador actual no se sienta vinculado por los principios o directrices señalados por el legislador anterior y, en consecuencia, adopte soluciones que se aparten de dichos principios o formule otros principios distintos.

3. Límites al poder normativo de los parlamentos autonómicos

La STC 247/2007 reduce a la mínima expresión la posibilidad de que los Estatutos proclamen eficazmente derechos y deberes. Ello sólo será posible mediante la pura repetición de derechos fundamentales y, como veremos más abajo, respecto a los derechos subjetivos relacionados con las “instituciones autonómicas propias”; algo realmente insignificante puesto en comparación con el mundo de los derechos subjetivos ordinarios o los vinculados con los derechos fundamentales sustantivos. De esta importante circunstancia resulta que todo el aparato argumental que la Sentencia pone en acción en orden a fijar los límites del poder normativo autonómico tiene muy poco sentido, ya que lo hace mirando a las leyes autonómicas ordinarias, y no es en este plano donde reside el problema que el recurso de inconstitucionalidad plantea; y cuando esa argumentación sobre los límites la refiere a los Estatutos, ello es más inútil aún pues una vez negada la posibilidad de que éstos establezcan derechos y deberes, huelga hablar de límites a un poder que la propia Sentencia no reconoce.

La doctrina, ante la irrupción de los nuevos Estatutos con sus tablas de derechos, se ha ocupado, como no lo había hecho antes, lógicamente, de seña-

lar esos límites al poder del Estatuto como fuente generadora de derechos y deberes, pero tras la Sentencia 247/2007 ese esfuerzo se ha vuelto baldío por haber decaído el objeto de estudio: no hay derechos estatutarios, no plantean ya problemas. Sin embargo, no podríamos omitir aquí algo de lo que se ocupa tanto dicha Sentencia (en relación con las leyes ordinarias) y que ha merecido tanta atención doctrinal. Por ello, nos referimos a tales límites aunque con la concisión impuesta por las circunstancias señaladas.

A) Cobertura competencial suficiente.

En lo que atañe a las leyes autonómicas, la necesidad de contar con la atribución competencial necesaria opera como una condición absoluta⁶⁶. Supuesta la existencia de la competencia oportuna no hay una reserva a favor del Estado para proclamar derechos y ni siquiera ostenta éste el monopolio normativo en relación con los derechos fundamentales. En lo que se refiere a los Estatutos de Autonomía la conclusión debe ser idéntica: los preceptos estatutarios que enuncian principios, derechos y deberes son lícitos si están respaldados por títulos competenciales ya que tales enunciados no son atributivos de competencias. De lo anterior se sigue que la normativa autonómica debe respetar siempre, como señala la STC 247/2007, Fto. Jur. 13, “las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE)⁶⁷”. Es obligado mencionar la trascendente doctrina de la Sentencia sobre la función delimitadora del reparto competencial que cumplen los Estatutos, –la llamada “desconstitucionalización”– (Fto. Jur. 7) que ha suscitado lógica inquietud y alguna tensión en la doctrina⁶⁸.

⁶⁶ Sobre el particular y demás precisiones, *vid.* AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pág. 358 y ss.

⁶⁷ *Vid. in extenso* sobre este punto, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., “Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias” en *La reforma de los Estatutos de Autonomía...* cit. págs. 109 y ss.

⁶⁸ Cfr. al respecto FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (Comentario a la STC 247/2007 de 12 de diciembre sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana)*, Thomson-Civitas, 2008, pp. 74 y ss.; y ARAGÓN REYES, M., “A propósito de la crítica de Germán Fernández Farreres a la STC 247/2007”, en *REDC*, núm. 83, 2008, pág. 149 a 152. GARRORENA MORALES, A., *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos...* cit. pág. 55 y ss. TORNOS MAS, J., “La Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, octubre 2008, pág. 79 y ss. Por nuestra parte, nos permi-

B) Respeto al ámbito de las leyes orgánicas reguladoras de los derechos fundamentales.

Hay una reserva constitucional absoluta para *declarar* derechos fundamentales. Como dice CRUZ VILLALÓN, las libertades están en la Constitución y en ningún otro lugar del ordenamiento constituido; tienen sus propios caracteres, sus propias reglas y sobre ello no deben haber muchas dudas⁶⁹. Y existe también una reserva constitucional absoluta a favor del Estado para *desarrollar* en sus aspectos esenciales los derechos fundamentales y libertades públicas⁷⁰; por tanto, las leyes autonómicas no pueden usurpar esa competencia ni tampoco pueden hacerlo los Estatutos de Autonomía. El desarrollo de esos

tímicos repetir lo que en otro lugar hemos dicho al respecto: Es evidente que la doctrina en cuestión, pese a las salvaguardas que contiene en favor de las competencias del Estado lleva ínsito un evidente desequilibrio en el resultado final del sistema: así, de una parte, quedan anticipadas al detalle las competencias autonómicas mediante un Estatuto concienzudamente elaborado para apurar la delimitación hasta sus últimos resquicios; de la parte estatal, un acervo competencial difuso, abocado a tener que acreditarse cada vez y en cada caso en la letra de una Constitución escasa que no fue concebida en su día para dar soporte a esta confrontación tan aquilatada. Es obvio que esa anticipación estatutaria conlleva de hecho un prejuicio muy sólido sobre su primacía, con la consecuencia de que el Estado tenga que actuar siempre a la contra cuando trate de defender lo que estime como suyo. Todo ello viene a demostrar la absoluta necesidad de que se hubiese procedido a reformar la Constitución antes de emprender el proceso de reformas estatutarias, y no precisamente con la finalidad de reprimir aspiraciones autonomistas sino para racionalizar tan magna operación de cambio, adecuando el texto constitucional a las nuevas circunstancias. LÓPEZ MENUDO, F., "Clasificación, principios y consideraciones generales sobre las competencias" en *Comentarios al Estatuto de Andalucía* (dir. S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig), cit. pág. 338-339.

⁶⁹ CRUZ VILLALÓN, P., "Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía" en *Estudios sobre el estado social. El estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1993, pág. 99. En el mismo sentido dice Marc CARRILLO que en un Estado único pero de estructura compuesta como el español, la Constitución y sólo ella es el instrumento normativo a tenor del cual se reconocen los derechos fundamentales con efectos constitutivos, "Los derechos, un contenido constitucional...", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pág. 58.

⁷⁰ Se trata del "desarrollo legislativo directo" como expusieron tempranamente SANTA-MARÍA PASTOR, J. A., "Las leyes orgánicas; notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración" *RDP de la UNED*, núm. 4, 1979 y BERMEJO VERA, J., "Las fuentes del Derecho de la Constitución española de 1978", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979. Vid. asimismo AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición...*, cit., pág. 338.

derechos y libertades está entregado por la Constitución a la ley orgánica (art. 81.1)⁷¹. Ciertamente es que los Estatutos también son aprobados mediante ley orgánica, pero no es ésta a la que se refiere el artículo 81.1 cuando habla del “desarrollo de los derechos fundamentales⁷²”. Lo que se acaba de decir es sólo un punto de partida; quedan otros aspectos a despejar muy importantes, dado el intenso vínculo que guardan muchos enunciados estatutarios con derechos fundamentales de la Constitución⁷³. Es obligado tratar estas cuestiones más adelante, al hablar concretamente del contenido posible de los Estatutos.

C) Respeto al principio de igualdad *ex* art. 139.1 CE.

El recurso del Gobierno aragonés contra el artículo 17.1 del Estatuto valenciano, al invocar la infracción de éste al principio de igualdad, da pie a que la Sentencia se explante sobre este punto, sacando a relucir la jurisprudencia ya existente en torno al artículo 139.1 CE (“*Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier territorio del Estado*”) y su relación con las leyes autonómicas que crean desigualdades territoriales, doctrina que le sirve en esta ocasión para enjuiciar dicho precepto del Estatuto.

Como notaron tempranamente ciertos autores, una interpretación apresurada del precepto lo hace difícilmente encajable en el esquema de un Estado compuesto. Los términos de este precepto, como ha señalado PEMÁN GA-

⁷¹ Para realzar la centralidad de los derechos fundamentales CRUZ VILLALÓN, P., dice expresivamente que si se incorpora a un Estatuto un derecho fundamental nuevo, entonces habría que incorporarlo automáticamente a todos los Estatutos, pues el artículo 149.1.1ª CE contiene una exigencia de igualdad de todos los españoles en esta materia. “Los derechos sociales...” en *Estudios sobre el estado social...*, cit. pág. 106. Claro es que se trata de un excelente razonamiento utilizando la ficción ya que ni un Estatuto de Autonomía ni todos a la vez podrían jamás consagrar un nuevo derecho fundamental, como se dirá en el texto.

⁷² Así, entre otros, AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía...*, cit. pág. 338. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pág. 71. Por su parte, BIGLIANO CAMPOS, P., “Los espejismos de la tabla...” en *Derechos, deberes y principios...*, cit., dice con todo acierto que dicho precepto contiene un procedimiento especial a favor de las Cortes Generales, único órgano legitimado para regular los elementos esenciales de la definición del derecho fundamental; y cita jurisprudencia constitucional al respecto.

⁷³ Casi la mitad –43%– de los derechos subjetivos que se incluyen en los nuevos Estatutos tienen que ver con derechos fundamentales, y una cuarta parte de los principios rectores estatutarios también conectan con el Cap. II del Tít. I de la CE.

VÍN, son ciertamente oscuros, porque parecen imponer una estricta uniformidad territorial del status jurídico de los españoles en todos sus aspectos ya que no hace matización alguna⁷⁴. Algunos autores achacan a una primera Sentencia del TC -25/1981, de 14 de julio- la adopción de una interpretación uniformista y por tanto reñida con el propio modo de ser del sistema autonómico⁷⁵ pero lo cierto es que fue la Sentencia 37/1981 de 16 de noviembre la que excluyó esa línea interpretativa, afirmando que

“no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones”.

Sentada la anterior premisa, -que vino a situar el artículo 139.1 en el mismo plano que el artículo 149.1.1^a, es decir, en la orientación de conseguir una cierta homogeneidad, limitando la diversidad jurídica excesiva-⁷⁶ el siguiente paso fue el de abandonar esta tendencia a utilizar el artículo 139.1 como un mecanismo de igualación o nivelación interterritorial y darle una interpretación distinta, acorde con el sentido de su antecedente histórico -art. 17 de la Constitución de 1931- y el artículo 33.1 de la Ley Fundamental de Bonn en el que se inspiró, según el cual “todo alemán tiene en cualquier Land iguales derechos y obligaciones ciudadanos”, precepto que, por tanto, nunca se ha en-

⁷⁴ *Igualdad de los ciudadanos...*, cit. págs. 138. Así lo ha advertido un sector doctrinal numeroso, entre otros, DE OTTO, I., “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional”, *RVAP*, 10, 1984; BAÑO LEÓN, J. M., *Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, 1988, págs. 192-193; CARRO, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1^a de la Constitución” *REDL* 1, 1981; LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Comentario al artículo 139...” en *Comentarios a la Constitución...*, cit. págs. 475 y ss.; ÁLVAREZ CONDE, E., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 359-360.

⁷⁵ Así, por ejemplo, AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía...*, cit., pág. 342; LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Comentario al artículo 139...” en *Comentarios a la Constitución...*, cit. pág. 474; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “Reformas estatutarias...” en *Revista General de Derecho Constitucional*, cit. pág. 4. La verdad es que, a nuestro juicio, una lectura atenta de la Sentencia no permite extraer esa conclusión. No se niega la heterogeneidad del sistema autonómico porque la Sentencia diga que “...la Constitución reserva a la Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” ¿Es que podría decir otra cosa?

⁷⁶ PEMÁN GAVÍN, J. M., “Igualdad de los ciudadanos...”, cit. pág. 140.

tendido como una regla de uniformidad u homogeneidad del Derecho aplicable en todo el territorio federal sino como precepto de equiparación de todos los alemanes respecto a cada Land⁷⁷. Y éste es el sentido por el que se decanta más claramente la STC 173/1998, es decir, el de la proyección del principio de igualdad en el ámbito intracomunitario, en el interior de cada ordenamiento autonómico, solución propuesta en su día por IGNACIO DE OTTO. Tal solución se encuentra tan aceptada por la doctrina que DÍEZ-PICAZO, uno de los autores más contrarios a la inserción de tablas de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía, renuncia expresamente a utilizar el artículo 139.1 CE en defensa de su postura, reconociendo que lo que éste opera es un mandato de igualdad dentro de cada ordenamiento autonómico⁷⁸, lo que habremos de matizar más abajo.

Vemos así que el estado de la cuestión está tan claro en la doctrina como espeso en la prolija argumentación de la STC 247/2007. Ésta se enreda en sus FF.JJ. 13 y 14 en una serie de consideraciones que enturbian más que aclaran la tesis a la que finalmente llega, que es la que acabamos de referir⁷⁹. Así, comienza sustentando una interpretación “moderada” de la igualdad *ex art.* 139.1 CE, al decir que éste no contempla una uniformidad absoluta sino “un principio de *igualdad sustancial*”⁸⁰ susceptible de modulaciones diferenciadas

⁷⁷ Añade el propio PEMÁN que el precepto enlaza claramente con la *privileges and immunities clause* de la Constitución americana y con el artículo 60 de la Constitución suiza, y cita al respecto la explicación de T. MAUNZ: no se trata de una regla de *nivelación* –esto es, de una regla que obligue a que los alemanes del Land A tengan en su Land los mismos derechos que los alemanes del Land B tienen en el suyo– sino de un precepto de *extensión*; los derechos y obligaciones que el Land A establece en relación con sus residentes deben reconocerse por dicho Land a los alemanes de B o C. *Ibidem*, nota 10.

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía...?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit. pág. 64.

⁷⁹ En efecto, no se reprime la Sentencia al hablar, a propósito del artículo 139.1 CE de “*un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional*”, “*contenidos básicos del ordenamiento del conjunto estatal*”, “*elemento unificador*”, “*patrimonio común de los ciudadanos, individual y colectivamente*”, “*constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual*”... lo que resulta bastante desproporcionado con el alcance que finalmente otorga a dicho precepto. Los vaivenes que va dando la Sentencia y la incoherencia de su conclusión es puesta de relieve por CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., “La relación derechos–Estado Autonómico en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7, Octubre 2008, pág. 122 y ss.

⁸⁰ Discrepa de esta concepción del artículo 139.1 el magistrado don Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, al afirmar que la eficacia real de este principio general de la Organización Territorial

en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada” (Fto. Jur. 13) para concluir –Fto. Jur. 14– que el art. 139.1 CE “... *encuentra virtualidad y proyección en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas*” (Fto. Jur. 14), uno de los puntos clave de la Sentencia que ésta mantiene cuando lo refiere a los Estatutos⁸¹ y del que discrepan algunos magistrados de la Sala⁸².

del Estado “se escamotea cuando una idea tan precisa como la que se expresa en los términos ‘los mismos derechos’ y ‘en cualquier parte del Estado’, se convierte en *unidad sustancial*, no uniformidad, y en la consideración aislada de cada parte del territorio, y no en la de su conjunto”.

⁸¹ En efecto, cuando la Sentencia, tantas veces citada, aborda –FFJJ 19 y 20– el enjuiciamiento del artículo 17.1 del Estatuto valenciano y su presunta violación del artículo 139.1 CE –que había sido invocada por la demanda– omite absolutamente cualquier referencia a la igualdad interterritorial y afirma que dicho precepto constitucional no ha sido atacado porque: a) el precepto estatutario tiene el respaldo de la competencia autonómica sobre la materia; b) no colisiona con ningún derecho o principio rector de la Constitución; c) no establece ningún derecho subjetivo y por tanto no vincula la función legislativa del Estado, que podrá ejercerla sin condicionamiento alguno; d) es un precepto concorde con el modelo del Estado social y democrático de derecho. Con estos argumentos, ciertamente periféricos a lo que la demanda aducía contra el Estatuto, la Sentencia despacha lo concerniente a la igualdad *ex art.* 139.1. CE.

⁸² El magistrado don Javier DELGADO BARRIO, en su voto particular destaca la relevancia del papel a cumplir por el principio de igualdad reconocido en el artículo 139.1 CE “que tiene un objeto necesariamente distinto al correspondiente a los artículos 81.1, inciso primero, –derechos fundamentales y libertades públicas– y artículo 149.1.1ª CE –derechos y deberes constitucionales– [...] y puesto que el artículo 139.1 CE proclama la igualdad de derechos y el Estatuto es desigualdad quíerese decir que éste no es, evidentemente, cauce adecuado para la proclamación de derechos”. El magistrado Sr. RODRÍGUEZ ZAPATA muestra su disconformidad con el tratamiento de que es objeto el artículo 139.1 CE, señalando (aptdo. 10) que “el ejemplo más claro de deconstrucción de un texto constitucional lo ofrece nuestra jurisprudencia tradicional sobre el artículo 139.1 CE que ahora se extiende en el razonamiento de la Sentencia (FFJJ 13 y 14), cuando el mismo precepto debe jugar un papel esencial y distinto al que desempeñó en un sistema en el que los Estatutos de Autonomía carecían de “parte dogmática” o de tablas de derechos estatutarios. El artículo 139.1 CE era hoy capital para la resolución del presente proceso constitucional en un nuevo escenario de Estatutos de Autonomía distintos, tras las reformas de éstos producidas en el tercer período de reformas [pero] la Sentencia, tras prolijas disquisiciones, niega el sentido literal del texto del artículo 139.1 CE, para luego demostrar que lo que en realidad debe entenderse que dice es: cada español tendrá los mismos derechos en la Comunidad Autónoma en la que se encuentre en cada momento [...]; era necesario atribuir al artículo 139.1 una dimensión extraautonómica [pues] garantiza, en su dimensión extracomunitaria, un mínimo de igualdad en el goce de los servicios públicos y de los derechos que garantiza un Estado social”. Por su parte, el magistrado don Roberto GARCÍA CALVO, en su voto particular, discrepa del alcance que la Sentencia da al artículo 139.1 “reduciéndolo y apegándolo al 149.1.1ª CE, desconociendo que, amén de competencias del Estado hay *funciones* del mismo: garante de la unidad, la igualdad y defensor del interés general”.

A la vista de que el artículo 139.1 CE no impide la diversidad interterritorial, GÓMEZ-FERRER MORANT observa, no sin razón, que las declaraciones de derechos también podrían figurar en los Estatutos de Autonomía⁸³, algo que la STC 247/2007 no acepta con carácter general, como veremos.

Creemos por nuestra parte que la tensión existente sobre la licitud o no de que existan tablas estatutarias se hubiera suavizado de haberse dado al artículo 139.1 una interpretación más matizada, esto es, una interpretación consonante con el hecho de que si bien el Estatuto es antes que nada –admitamos esto– la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, ello no puede eclipsar totalmente el dato de que el Estatuto es también norma de las Cortes Generales y no una ley de exclusiva procedencia autonómica. Ello significa que el principio de igualdad del citado precepto tiene, inercialmente, una proyección intraterritorial indudable y en esta clave debe ser entendido como regla, pero ello no debe descartar absolutamente la posibilidad de que el Estado, a través de la aprobación del Estatuto, vele por asegurar, como reconoce la importante STC 173/1998 antes citada, “una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional” (Fto. Jur. 10), siquiera con carácter mínimo para evitar desigualdades entre territorios sobre cuestiones esenciales, como pueden ser aquellas en las que el interés autonómico no aparece como algo claro y excluyente de un interés estatal concomitante sobre tales asuntos. En suma, no se ve la razón de por qué, tratándose de Estatutos, el Estado tenga que abdicar de esa función unificadora que debe inspirar la producción de todas sus leyes y confiarla en su totalidad en este caso al mecanismo del artículo 149.1.1ª CE.

D) El límite del artículo 138.2 CE.

El recurso del Gobierno aragonés contra el Estatuto valenciano también alega infracción de su artículo 17.1 al principio establecido en el artículo 138.2 CE: “*Las diferencias entre los Estatutos de las Comunidades Autónomas no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos y sociales*”. Sobre el alcance del precepto⁸⁴, la Sentencia 247/2007 rechaza la alegación declarando que, a di-

⁸³ “Los principios de unidad y autonomía en el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana” en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (dir. J. M. Baño León) cit. pág. 32 y ss.

⁸⁴ Éste fue interpretado por la STC 76/1983 de 5 de agosto, y considerado por el Consejo de Estado en su Informe de 16 de febrero de 2006. Vid. CATALÀ I BAS, A., “La inclusión de una carta de derechos...” en *Revista Española de la Función Consultiva*, pág. 187.

ferencia de lo que ocurre con el artículo 139.1, el 138.2 no tiene relación directa con el ámbito de los derechos de los ciudadanos, sino con “la organización y relaciones entre las *diversas partes del territorio español*, en concreto, con su equilibrio socio económico y con el papel que al respecto ha de desempeñar el principio de solidaridad”, lo cual no guarda relación con las declaraciones estatutarias de derechos, a no ser que éstas, –añade la sentencia–, supongan en sí mismas la atribución de privilegios económicos o sociales a determinada Comunidad Autónoma, lo que determinaría su inconstitucionalidad (Fto. Jur. 16). Pero tal hipótesis –concluye la sentencia en su Fto. Jur. 20– no se da en este caso: porque el artículo 17.1 EACV no establece ningún derecho subjetivo; porque no vincula la función legislativa del Estado, que podrá ejercerla sin condicionamiento alguno; porque es acorde con el sentido del Estado social; y por la razón –aquí el argumento central– de que no se desprende de dicho artículo que haya de producirse ningún privilegio económico o social para la Comunidad Valenciana⁸⁵.

E) La sujeción al posible despliegue por el Estado de la potestad contenida en el artículo 149.1.1ª CE.

Es consabido el papel central que juega el citado precepto⁸⁶ en el sistema constitucional y los diversos puntos de estudio que plantea, todos ellos trascendentes (sentido y alcance de esa potestad, ámbito material que comprende, etc.); de ello es indicativa la atención que le ha prestado la doctrina, a la que necesariamente hay que remitirse en esta ocasión⁸⁷. Baste recordar aquí

⁸⁵ Fto. Jur. 20.c), que abunda en las razones de esta última afirmación.

⁸⁶ “Art. 149.1. “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

⁸⁷ Vid., entre otros, PEMÁN GAVÍN, J. M., *Igualdad de los ciudadanos...*, cit.; BAÑO LEÓN, J. M., *Las autonomías territoriales y el principio de unificación de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988; LÓPEZ GUERRA, L., “La doctrina del Tribunal Constitucional...” en *La función del artículo 149.1.1ª CE...* cit; TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y Autonomía Política*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994; AJA, E., “El artículo 149.1.1ª de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social” en VV. AA., *La función del artículo 149.1.1ª de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1992; BARNÉS VÁZQUEZ, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, IEA, Barcelona, 2004; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., “La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1ª CE” en *Estado compuesto y derechos...*, cit.; más recientemente en “La relación derechos-Estado Autonomo en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano”, cit., págs. 113 y ss.

—abundaremos en ello al tratar de los Estatutos— que el artículo 149.1.1^a no constituye en sí mismo un límite frente a los enunciados legales, sencillamente porque no contiene ningún parámetro material para contrastar la validez de esas declaraciones, ni ése es su papel. Lo que sí contiene es la atribución de un poder al legislador estatal para que pueda dictar bases precisamente con el fin de conseguir una igualación de todos los españoles en las posiciones jurídicas fundamentales. Por consiguiente, contra una supuesta extralimitación legal (o estatutaria) no cabe esgrimir como argumento el hecho mismo de la existencia del artículo 149.1.1^a; pero siempre habrá que atenerse a la posibilidad de que el Estado haga legítimo uso de esa potestad e incida sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico, incluido un Estatuto de Autonomía, susceptible de comprometer la igualdad referida. Ciertamente, como dice CRUZ VILLALÓN, el artículo 149.1.1^a no permite que haya desigualdad en los territorios respecto de los derechos fundamentales, porque aquí la exigencia de igualdad es total⁸⁸. En fin, el citado precepto constituye un límite absoluto, pero potencial o virtual; constituirán límites reales los que contengan las leyes que eventualmente el Estado dicte a su amparo. Como queda dicho, en el siguiente capítulo insistiremos sobre esta importante cuestión.

V. LA POLÉMICA SOBRE LA LICITUD DE LA INCLUSIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

1. Sobre la oportunidad de su inclusión en los Estatutos

Antes de abordar la cuestión de si es lícito o no incluir en los Estatutos tablas de principios, derechos y deberes cabe preguntarse si tal inclusión es oportuna o conveniente. Predominan las opiniones doctrinales que no sólo afirman la licitud sino que se muestran beligerantes en favor de tal inserción, invocando argumentos de diverso tipo. Así, se arguye el valor simbólico que comportan tales declaraciones, tanto en el sentido de que expresan las señas

⁸⁸ CRUZ VILLALÓN, P., “Los derechos sociales...”, en *Estudios sobre el Estado Social...* cit., pág. 166. En el mismo sentido, señala Díez-Picazo que esa potestad “no puede ser suprimida o restringida por un Estatuto de Autonomía; es decir, con normas estatutarias declarativas de derechos o sin ellas, siempre cabrá hacer uso del artículo 149.1.1^a.” “¿Pueden los Estatutos de Autonomía...?”, en *REDC*, cit., pág. 65.

de identidad de la Comunidad que el Estatuto define⁸⁹ como porque refuerzan el compromiso de las instituciones autonómicas con los valores propios del Estado social de derecho y con el proceso de integración europea⁹⁰ así como que representan una especie de garantía institucional para determinadas instituciones del Estado del Bienestar, así, la Seguridad Social⁹¹. Se invocan otros argumentos de carácter formal tales como que este tipo de declaraciones es rasgo común a muchos Estados descentralizados políticamente, sean o no estrictamente federales⁹² o el dato de que el fenómeno se inscribe en la lógica del llamado “constitucionalismo multinivel o en red”⁹³. También se ha dicho que la inclusión de esas declaraciones en los Estatutos conlleva una reducción de la operatividad de las fuerzas políticas y con ella una aminoración del riesgo de arbitrariedad que el uso del poder comporta, con el consiguiente refuerzo de la autonomía de las personas frente al poder⁹⁴.

Muy estimables son las opiniones que inciden en la función complementaria de estas tablas o declaraciones respecto de los genuinos derechos fundamentales de la Constitución al añadir a ésta derechos de otro carácter (sociales, económicos, lingüísticos, culturales)⁹⁵. Es muy de resaltar la función, re-

⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F.: *La reforma de los Estatutos...*, cit., pág. 53. En análogo sentido, BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Reformas estatutarias...*, cit., pág. 8; EXÓSITO, E., “La regulación de los derechos...” en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, cit., para quien además supone “una mejora cualitativa del autogobierno en la medida en que se hace partícipe al ciudadano del ejercicio del poder”, pág. 162.

⁹⁰ CATALÀ I BAS, A. H., “La inclusión de una carta de derechos...” en *Revista Española de la Función Consultiva*, cit., pág. 195.

⁹¹ RUIZ-RICO RUIZ, G., “Derechos sociales y reformas de los Estatutos...” cit. pág. 83.

⁹² APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios...”, en *El Clip*, cit., pág. 2.

⁹³ *Ibidem*. Por ello, –añaden los autores– si este modelo comporta el reconocimiento de diversos centros de poder normativo (estatales, supra-estatales e infra-estatales), también debería comportar el simultáneo reconocimiento de derechos, deberes y principios que impongan límites y vínculos al ejercicio de dicho poder en cada una de esas escalas.

⁹⁴ *Ibidem*. Tal argumento –ciertamente discutible– invierte o retuerce el utilizado precisamente para desacreditar la bondad de la inclusión de derechos en los Estatutos por perjudicar el normal desarrollo del proceso democrático, según veremos más adelante.

⁹⁵ CASTELLÀ ANDREU, J. M., “El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades de los Estados compuestos. Una aproximación comparada” en *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, 2005, pág. 37.

ferida por APARICIO WILHEMI Y PISARELLO, en virtud de la cual esos derechos, deberes y principios estatutarios permiten enriquecer su percepción constitucional e incluso comportan avances no desdeñables desde el punto de vista de la técnica normativa⁹⁶, hasta el punto de que pueden hacer, como agudamente ha señalado BALAGUER CALLEJÓN, una importante labor de puente hacia futuras reformas constitucionales⁹⁷. Sobre esto último cabe decir que, ciertamente, en el proceso de descubrimiento y gestación –es decir, en la fase previa a su cristalización o alumbramiento– de derechos fundamentales nuevos o de modificación o ampliación de los ya existentes, las Comunidades Autónomas están llamadas a tener una participación notable, precisamente por su rozamiento, cada vez más intenso, con los problemas sociales y las correlativas demandas de los ciudadanos, de tal modo que raro será que los impulsos reformistas no provengan de los territorios. Pero todo ello en el buen entendido de que la consagración misma del derecho fundamental como norma jurídica es competencia del Estado y que la modificación posible de los derechos constitucionales en ningún caso deberá ser consecuencia de iniciativas legales adoptadas prematuramente por las Comunidades Autónomas. Éstas serían, como es obvio, radicalmente nulas.

2. Sobre la constitucionalidad de la inserción en los estatutos de dichas tablas de principios, derechos y deberes

A) El presunto impedimento formal: el tenor literal del artículo 147.2 CE. Posturas que se mantienen sobre el contenido posible de los Estatutos.

El artículo 147 CE, tras definir los Estatutos en su apartado 1 como “la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, dentro de los términos de la presente Constitución”, establece en su apartado 2 las materias que *deberán contener*:

- a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.
- b) La delimitación de su territorio.

⁹⁶ APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios...” en *El Clip*, cit., pág. 2.

⁹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La reforma de los Estatutos...*, cit., pág. 53.

- c) La denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias.
- d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

Se trata del contenido *necesario*, sin el cual los Estatutos no existirían como tales. Éstos deben recoger obligadamente dichos extremos (“deberán contener”) a lo que hay que añadir que estas materias descritas en el artículo 147.2 CE están reservadas a los Estatutos y, por tanto, sólo son asumibles por la voluntad conjunta del legislador autonómico y el estatal, razón por la que no caben decisiones unilaterales del Estado o de las Comunidades Autónomas sobre tales asuntos⁹⁸.

La expresión “deberán contener” que precede a dicho listado da pie a una doble interpretación: primera, que éstas son precisamente, y no otras, las materias que la Constitución ha dispuesto que se incluyan en los Estatutos de Autonomía como contenido necesario y *único* de los mismos (interpretación estricta); la segunda considera que con citada fórmula la Constitución fija imperativamente el contenido *mínimo*, pero deja abierta la posibilidad de que se incluyan otros distintos. Sobre estas dos posiciones básicas se asienta todo el debate existente en torno a la extensión de los Estatutos de Autonomía y la función de éstos y, a la postre, sobre la posibilidad de que éstos proclamen y establezcan derechos, señaladamente derechos sociales; pero estas dos posiciones básicas son susceptibles de ser desgranadas en niveles más matizados, como se verá seguidamente.

En términos generales puede decirse que es mayoritaria la doctrina que aboga por una interpretación amplia del artículo 147.2 CE, es decir, no ceñida a su tenor literal; y esto puede afirmarse tanto en relación con las posturas doctrinales surgidas al hilo de la última oleada de reformas estatutarias como de los comentarios al artículo 147.2 CE realizados con anterioridad, paradójica coincidencia causada por razones muy distintas. En efecto, el grueso de las opiniones doctrinales surgidas en los últimos tiempos postula una interpretación amplia por alinearse con la corriente descentralizadora o por simpatizar

⁹⁸ Sobre la significación de estas materias como reservas estatutarias, *vid.* AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición...* cit., págs. 214 y ss. y doctrina allí citada.

con la consagración de los derechos sociales al más alto nivel; en cambio, la doctrina surgida en el contexto de los Estatutos originarios lo que muestra es, salvo contadas excepciones, una cierta apatía, bien ignorando el problema o bien mostrando posiciones abiertas sin mediar especial reflexión, sin duda porque no se barajaba entonces una evolución de los Estatutos como la que hoy presentan los recientemente reformados, aunque bien es verdad que ya los primitivos Estatutos ponían sobre la pista de la cuestión al contener no pocos de ellos no sólo enunciados más o menos retóricos así como normas programáticas, sino auténticos derechos, tales como los lingüísticos y otros que son trasunto de derechos fundamentales.

a) Interpretaciones estrictas sobre el alcance del artículo 147.2 CE.

Esta línea interpretativa sólo considera lícitos los contenidos estatutarios inequívocamente cubiertos por la Constitución, en los que pueden distinguirse tres niveles: a) un contenido *mínimo necesario* que viene constituido por las materias descritas en el artículo 147.2 CE, a las que es obligado añadir lo relativo a la propia reforma del Estatuto, según resulta de los artículos 147.2 y 152.2 CE; b) un segundo nivel vendría marcado por ciertos contenidos adicionales expresamente previstos como posibles por la Constitución, esto es, sin que la inclusión en los Estatutos sea obligatoria. Se trata, pues, de contenidos potestativos o *eventuales*, de los que cabe hacer sucinta relación⁹⁹; c) un contenido compuesto de preceptos que guardan con los anteriores una conexión clara, gozando de cobertura constitucional cierta, aunque ésta no se encuentre explicitada. Son contenidos *inherentes*, indudablemente legítimos, pues como dice AGUADO RENEDO son en realidad especificaciones de algunos de los extremos del 147.2, o “desarrollo” de otros preceptos constitucionales¹⁰⁰.

⁹⁹ Señaladamente, la Sentencia 247/2007 cita los artículos 3.2 (expresión de la lengua oficial), 4.2 (banderas y enseñas propias), 69.5, (sistema de designación de senadores autonómicos), 145.2 (convenios entre Comunidades Autónomas), 149.1.29 (creación de policías autonómicas), 152.1 (órganos esenciales de las Comunidades Autónomas), 152.3 (entidades territoriales supra-municipales), 156 (colaboración con el Estado en materia de tributos), Disposición Adicional 1ª (actualización del régimen foral), Disposición Adicional 4ª (mantenimiento de las Audiencias Territoriales preexistentes). *Vid.* asimismo una relación de estos supuestos en CARRILLO LÓPEZ, M., “Los derechos, un contenido...” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pág. 55.

¹⁰⁰ Se refiere el autor citado a los preceptos relativos a la Administración autonómica, organización de las instituciones autónomas propias, regulación de la Administración local o estructura territorial (que se ocupa de los municipios, comarcas y Diputaciones provinciales), las relaciones con la Administración del Estado y con las demás Comunidades Autónomas, el control de la actividad de los órganos autonómicos, *El Estatuto de Autonomía y su posición...*, cit., pág. 318.

Con esta tercera hipótesis quedan cerrados los supuestos que se encuadrarían dentro de una interpretación estricta, es decir, la comprensiva del artículo 147.2 CE y de su “contexto próximo”.

El sector doctrinal que constriñe el contenido posible de los Estatutos a este ámbito estricto es claramente minoritario¹⁰¹ pero ha tenido la virtud de poner en marcha un debate absolutamente necesario en el momento oportuno. En este sentido es obligado destacar la incisiva reflexión del profesor DÍEZ-PICAZO, causante de una réplica en cadena de numerosos constitucionalistas. Para este autor “hacer declaraciones de derechos no está entre las materias del artículo 147.2 CE”, así que a la vista de este precepto “los Estatutos de Autonomía son un tipo de norma con contenido constitucionalmente tasado”¹⁰², y señala que la idea de que existe un contenido necesario y otro meramente posible es una creación del Consejo Consultivo de Cataluña formulada en su dictamen de 1 de septiembre de 2005 sobre el proyecto del nuevo Estatuto de Cataluña, sin verdaderos apoyos jurisprudenciales o doctrinales anteriores¹⁰³. Y en un trabajo posterior, replicando a CAAMAÑO DOMÍNGUEZ¹⁰⁴, critica a éste por interpretar el artículo 147 CE en clave de Estado federal, lo que a su juicio implica convertir los Estatutos de Autonomía en una especie de “extrañas Constituciones elaboradas y aprobadas con el concurso del legislador estatal y, además, vinculantes también para el propio Estado”¹⁰⁵.

La postura de DÍEZ-PICAZO es nítidamente contraria a los contenidos estatutarios no conectados claramente a la letra de la Constitución. Así lo confiesa el autor: lo que aduce en contra de las normas estatutarias declarativas de

¹⁰¹ Por su relevancia cabe citar a autores como MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., para quien el artículo 147 CE predetermina el ámbito de cuestiones que deben incluirse en los Estatutos, cuya misión no es regular funciones y materias sino organizar la Comunidad Autónoma y determinar sus competencias. “Límites constitucionales generales...” en *La reforma de los Estatutos...* cit., págs. 95 y 120. Asimismo, cabe alinear a AGUADO RENEDO, C., dado el escaso valor que otorga a las normas programáticas incluidas en los Estatutos y su postura negativa en cuanto a los derechos, cit. *El Estatuto de Autonomía y su posición...*, págs. 306, 335 y 356.

¹⁰² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía...?”, cit., pág. 65.

¹⁰³ *Ídem*, págs. 66.

¹⁰⁴ “Sí, pueden...”, cit.

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *idem*, pág. 65.

derechos vale también para los preceptos de los Estatutos que establecen deberes o principios rectores en materia económica y social¹⁰⁶. En cambio, no muestra beligerancia alguna contra las normas estatutarias que contienen derechos no sustantivos, o sea, los de corte institucional, lo que no deja de ser una fisura seria en su armazón argumental que el autor tratará de justificar como diremos más adelante.

Por su parte, la STC 247/2007 se aparta de esta doctrina restrictiva en el arranque mismo de su argumentación (Fto. Jur. 11). Por ello corresponde considerar su doctrina en el epígrafe siguiente. No obstante, cabe dejar constancia aquí de la opinión de algunos magistrados disidentes, identificada con la interpretación estricta sobre el alcance del artículo 147.2 CE que se acaba de exponer¹⁰⁷.

b) Interpretaciones amplias sobre el contenido estatutario posible.

Nos referimos ahora a contenidos estatutarios no previstos en la Constitución. Dentro de este gran apartado, pueden distinguirse igualmente varios niveles en orden gradual: a) el primer escalón, constitutivo del cuarto nivel (dentro de la escala que venimos formulando), resulta de la adición a los Estatutos de normas programáticas o principios rectores, es decir, enunciados cuya característica común es la de su inaplicabilidad directa. En este nivel se inscriben la mayoría de los Estatutos originarios y, lógicamente, a él hay que adscribir las posiciones doctrinales intermedias o “moderadas”; b) el quinto nivel viene configurado por los Estatutos que, además de normas programáticas o principios rectores, proclaman *derechos*, abstracción hecha en este lugar de cuál sea el valor que quepa atribuir a tales proclamaciones. En puridad,

¹⁰⁶ *Idem*, cit., pág. 63.

¹⁰⁷ El magistrado don Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS señala en su voto particular que la cuestión nuclear del recurso, sobre si en los Estatutos de Autonomía caben tablas o declaraciones de derechos y en su caso derechos subjetivos... debió resolverse contundentemente en sentido negativo en ambos aspectos. En la misma línea, aunque matizadamente, el magistrado don Javier DELGADO BARRIO afirma que no es admisible el establecimiento en los Estatutos de derechos subjetivos relacionados con el artículo 147.2.d), pues el Estatuto es norma atributiva de competencias y no de ejercicio de éstas. No hay precepto constitucional que se dirija al Estatuto para abrir el camino a esos derechos. Por excepción –añade el voto particular– sólo es viable la inclusión en los Estatutos de derechos subjetivos derivados de expresa previsión constitucional, o que sean complemento adecuado en la regulación estatutaria de las instituciones autonómicas.

dentro de este nivel hay que distinguir a su vez dos escalones: el inferior, constituido por el reconocimiento en los Estatutos de derechos subjetivos relacionados con las “instituciones autónomas propias”, sobre cuya posibilidad y licitud no existe reserva alguna en la doctrina ni en la jurisprudencia; y el superior, resultante de la inclusión de derechos subjetivos que llamamos *sustantivos*, que constituyen el objeto central de la gran polémica a la que asistimos en la actualidad; c) cabe añadir un sexto y último peldaño a esta escala de posibilidades; esto es, la admisión en los Estatutos no sólo de derechos de toda clase sino cualquier contenido estimado relevante para la proyección del Estatuto y el impulso de la autonomía, con el solo límite de que no infrinja la Constitución. La escala anteriormente descrita no es simple especulación, de modo que con arreglo a ella podrían ser ordenadas las ya muy numerosas opiniones doctrinales emitidas al respecto, incluida la postura del TC a través de sus Sentencias 247 y 249/2007.

La vía más fácil para rebatir las interpretaciones estrictas del artículo 147.2 CE es la negativa: el hecho de que la Constitución no prevea la inclusión de derechos en los Estatutos no permite afirmar que los prohíba¹⁰⁸; o bien buscar apoyo –como hace la STC 247/2007 en su Fto. Jr. 11– en decisiones anteriores. Ciertamente, así lo hace de forma confesada dicha Sentencia al reconocer que “*a este Tribunal no se le ha planteado hasta el momento, como objeto autónomo de enjuiciamiento, cuál sea el contenido legítimo de un Estatuto de autonomía*”, afirmando seguidamente que “*en las escasas ocasiones en que ha debido realizar determinadas apreciaciones al respecto, éstas no se han basado en una mera interpretación literal del citado artículo 147 CE*”. Y en prueba de lo dicho la Sentencia invoca cuatro resoluciones que le sirven de precedente, por cierto no muy determinantes a dicho efecto, ya que aquéllas se refirieron a contenidos que guardaban una clara relación con el artículo 147 CE¹⁰⁹. Así, la solución

¹⁰⁸ Entre otros muchos autores, ÁLVAREZ CONDE, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 351. Asimismo EXPÓSITO, E., “La regulación de los derechos...” en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, cit., pág. 150. AGUDO ZAMORA, M. J., *Comentarios al Estatuto de Andalucía*, cit. pág. 267.

¹⁰⁹ Así, la STC 36/1981 versaba sobre la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y consideró que era un contenido natural del Estatuto, perfectamente incardinable en el artículo 147.2.c) alusivo a “la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias”. Por su parte, tampoco brinda un apoyo decisivo al respecto la STC 89/1984, segunda de las recordadas por el TC, pues ésta se limitó a declarar que el artículo 147.2 CE realiza “la determinación del contenido mínimo de los Esta-

sostenida por la Sentencia no está realmente en línea con los antecedentes en que se apoya¹¹⁰.

Lo relevante es que la Sentencia, sobre dicha base, llega a una primera conclusión (Fto. Jur. 11, *in fine*) cual es la de proclamar la legitimidad de todo contenido estatutario “*siempre que esté conectado con las específicas previsiones constitucionales relativas al cometido de los Estatutos*”, pronunciamiento éste que no logra despejar los puntos fuertes de la cuestión, esto es, lo que debe entenderse por “conexión” y por “cometido” de los Estatutos.

Desde una perspectiva más institucional algunos autores ponen el énfasis en el dato de que el Estatuto no es una ley cualquiera sino precisamente la “norma institucional básica” de la Comunidad Autónoma, como dice el propio artículo 147 CE, apartado 1. Así, MARC CARRILLO sostiene que el contenido de los Estatutos no tiene por qué quedar constreñido a la regulación de los aspectos auto-organizativos y a la fijación de las competencias que concretan el autogobierno de la Comunidad Autónoma. “Nada excluye –dice– que en la definición del alcance del autogobierno, el legislador estatuyente pueda, por ejemplo, fijar los objetivos de las competencias asumidas y los límites en su ejercicio por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma”¹¹¹. En la misma línea, VIVER I PI SUNYER resume la idea diciendo que “hay pocas cuestiones más propias de una norma institucional básica que el reconocimiento de derechos de sus miembros frente a sus órganos de autogobierno”¹¹².

tutos”, sin prejuzgar nada más. Y aún menos sólido es el apoyo que el TC ha querido ver en la STC 99/1986, pues ésta aludió a que “los límites en que han de enmarcarse los contenidos estatutarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 147 CE, son sólo los establecidos constitucionalmente”, lo que tampoco da alas precisamente para hacer interpretaciones de dicho artículo muy alejadas de su *contexto próximo*, es decir, del constituido por los contenidos *necesarios, eventuales e inherentes* a los que nos referimos *supra*. La última de las Sentencias citadas –225/1998– expresa, de pasada, una ambigüedad que no parece muy útil para edificar sobre ella tesis alguna; en este sentido *vid.* el comentario a esta Sentencia en FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional...?*, *cit.*, pág. 92, nota 39.

¹¹⁰ Así lo detecta también FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *idem*, págs. 99 y 111.

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO critica esta invocación a la idea del autogobierno, afirmando que en todo caso éste deberá conformarse y ejercerse dentro de lo previsto por la Constitución, incluido su artículo 147.2. “¿Pueden los Estatutos de Autonomía...?” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, *cit.*, pág. 53.

¹¹² “L’Estatut de 2006” en *Activitat Parlamentaria*, núm. 10, 2006, pág. 42.

Pues bien, ésta es la tesis en la que finalmente se inscribe la STC 247/2007 y que desarrolla en su Fto. Jur. 12, donde queda realzado el valor del *principio dispositivo* en favor de las Comunidades Autónomas, lo que les permitirá incluir con toda normalidad, amén de las previsiones del artículo 147.2 CE otras cuestiones derivadas de dichas previsiones “relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y con los ciudadanos, de otro”. Y debe notarse que todos estos contenidos, inclusive los no previstos en el artículo 147.2 CE, quedan por igual congelados por obra del Estatuto ya que la Sentencia –Fto. Jur. 11–, siguiendo la tesis de la 225/1998 a la que invoca, niega que dichos contenidos adicionales carezcan de rigidez y, por tanto, pudieran ser reformados por procedimiento distinto al del Estatuto¹¹³.

Este *principio dispositivo*¹¹⁴ viene a ser la herramienta que permite alejar el problema de la órbita del artículo 147.2 CE y de su contexto próximo, posibilitando así la inclusión en el Estatuto del “contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución es **complemento adecuado**¹¹⁵ por su **conexión** con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la

¹¹³ Vid. sobre este punto las consideraciones de FERNÁNDEZ FARRERES, G., y su crítica a determinadas opiniones doctrinales que han postulado la degradación del rango normativo de esos contenidos adicionales tal como se ha justificado por la jurisprudencia constitucional en el caso de esas leyes orgánicas, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional...?*, cit. págs. 88 y ss.

¹¹⁴ En otra parte de la Sentencia –Fto. Jr. 5– ésta afirma que el principio dispositivo está ínsito en la Constitución y “otorga un importante margen de decisión al legislador estatutario”. El voto particular del magistrado don Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA se expresa sobre este punto con toda contundencia; así, dice (aptdo. 5): “La Sentencia reconoce en forma somera el principio de unidad (FJ 4.a) pero trae a un destacado primer plano (FFJJ 4,5,12,15, et *passim*) el denominado ‘principio dispositivo’ que le sirve para dar una lectura original del funcionamiento de nuestro ‘Estado de las Autonomías [...] Nadie niega doctrinalmente la existencia inicial del ‘principio dispositivo’ en nuestra Constitución de 1978 pero, tras la división del territorio nacional en diecisiete Comunidades Autónomas, el mismo había pasado a una situación de retiro, que el Consejo de Estado recomendó recientemente transformar ya en jubilación (Cfr. Dictamen 1/2005, apartado 4.1.2) [...] En el marco actual, en el que se procede a un tercer período de reformas de los Estatutos, no comparto que se pueda dar el relieve que pretende la Sentencia al denominado *principio dispositivo*” Y añade en el aptdo. 6: “La Sentencia convierte ese ‘principio dispositivo’ en un auténtico *Deus ex machina* de nuestro sistema autonómico. Esa pseudodivinidad, bajada a escena de la mano de cierta doctrina y en forma artificial, sirve para relativizar el principio constitucional de igualdad”.

¹¹⁵ Frente a estas consideraciones sale al paso el voto particular del magistrado don Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, quien afirma que las declaraciones estatutarias de derechos a favor de los ciudadanos españoles residentes en una determinada Comunidad Autónoma no son in-

función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma” (Fto. Jur. 12, *in fine*). Como puede verse, también en este segundo acercamiento a la definición del contenido estatutario posible la Sentencia sigue utilizando conceptos indeterminados (“complemento adecuado”, “conexión”, “función de los Estatutos”...) y todo ello, paradójicamente, dicho inmediatamente después de su propia advertencia sobre que tal contenido estatutario “no puede ser entendido de una manera difusa, en atención, entre otras razones, a la especial rigidez que le caracteriza”.

En suma, la Sentencia pone el nivel del contenido posible del Estatuto en un lugar muy alto (al menos aparentemente), pues, teniendo en cuenta la potencia que atribuye al *principio dispositivo*, la consecuencia es que podrían incluirse en los Estatutos derechos de cualquier clase, ya que sería bien difícil sostener que tales enunciados no constituyen un “complemento adecuado” o no guardan una “lógica conexión” con las competencias asumidas. De este modo, la Sentencia sobrepasa la postura de algunos autores que optaron por considerar como contenido estatutario lícito las normas programáticas o principios rectores pero no la proclamación de derechos¹¹⁶, dando por el contra-

cluíbles en ninguna previsión expresa de la Constitución, ni pueden considerarse *complemento adecuado* de ninguna previsión constitucional. La simple conexión hipotética de la declaración de derechos con una concreta competencia atribuida en el Estatuto de la Comunidad Autónoma lo es con un contenido del Estatuto, pero no con una previsión constitucional que es, según se ha dicho, el elemento clave para determinar el contenido constitucionalmente posible de un Estatuto de Autonomía. Análogas reservas muestra el voto particular del magistrado Sr. RODRÍGUEZ ZAPATA, tachando de ambiguo el alcance que la Sentencia atribuye a los Estatutos pues de esta forma caben en ellos, por obra del omnipresente “principio dispositivo”, declaraciones y enunciados de derechos estatutarios que vinculan a los poderes públicos.

¹¹⁶ Con oportuna precisión VIVER I PI-SUNYER detecta la distinción, a efectos del contenido posible de los Estatutos, entre principios rectores, de una parte y de derechos, por otra, señalando que los primeros no plantean problemas mientras que sí los plantean los listados de derechos y deberes en *La reforma de los Estatutos ... cit.*, pág. 31. El profesor MUÑOZ MACHADO también conjuga esta importante distinción –que no manejan a estos efectos la mayoría de los autores– analizando concienzudamente el valor de las normas programáticas y los requisitos para que éstas puedan figurar lícitamente en los Estatutos, de lo que implícitamente se deduce que el autor no considera procedente la inclusión de derechos ya que no se refiere a ellos, *Derecho Público... cit.*, págs. 37 y ss. No obstante, en su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, II, (2006)*, cit., dice, respecto a las declaraciones de derechos y a los mandatos al legislador contenidos en los Estatutos, que “de la legitimidad de estas incorporaciones no cabe dudar en términos generales”, pág. 717. Semejante es la postura de FERRERES COMELLA, V., según se deduce de su estimación de que los derechos limitan el autogobierno, mientras que los principios rectores lo hacen en un grado mucho menor, “Derechos, deberes y principios...” en *Derechos, deberes... cit.*, pág. 23.

rio la razón al sector doctrinal que ha postulado la procedencia de incluir tablas de derechos en los Estatutos¹¹⁷ y a los Órganos Consultivos Autonómicos que han dictaminado sobre el particular¹¹⁸. Pero lo dicho nada tiene que ver

¹¹⁷ Entre otros muchos pueden citarse GARCÍA ÁLVAREZ, M. y GARCÍA LÓPEZ, R., para quienes existe “una clara conexión entre las competencias materiales asumidas por las Comunidades Autónomas y los derechos que deben limitar su ejercicio... siendo legítima la opción de incluir en los Estatutos declaraciones de derechos y principios rectores”, “El modelo de estado social ante la reforma de los Estatutos de Autonomía” en *La reforma de los Estatutos de Autonomía, Revista Jurídica de Castilla y León*, 2003, pág. 393. En similares términos CATALÀ I BAS, A. H., “La inclusión de una carta de derechos...” en *Revista Española de la Función Consultiva*, cit. págs. 189 y 198–199; LASA LÓPEZ, A., “Derechos sociales y Estado Autonomico: el Estatuto de Autonomía como instrumento normativo de garantía de los derechos sociales” en *El Estado Autonomico: integración, solidaridad y diversidad*, vol.2,VV. AA., INAP–Colex, Madrid, 2005, págs. 521–522; PÉREZ AYALA, A., “En torno al Estado social autonómico” en *El Estado autonómico...* cit., pág. 557 y ss.; EXPÓSITO, E., “La regulación de los derechos...” en *Revista d’Estudis...*cit., pág. 150; BIGLINO CAMPOS, P., “Los espejismos...” en *Derechos, deberes y principios...*cit., pág. 44; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “Reformas estatutarias...” en *Revista General de Derecho Constitucional*, cit., pág. 8; CASTELLÀ ANDREU, J. M., “El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades en los Estados compuestos. Una aproximación comparada” en *Derechos y libertades de los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2006. RODRÍGUEZ–VERGARA DÍAZ, A. J., con su singular matización de que sólo deben incluirse en el Estatuto los derechos sociales que ya hayan sido establecidos por las leyes de las CCAA en materia de competencia autonómica, “Ciudadanía europea, derechos sociales y Estatutos de Autonomía: tres propuestas de reforma” en *El Estado autonómico...* cit. pág. 521.

¹¹⁸ Así, el Dictamen 269 de 1 de septiembre de 2005 sobre la Proposición del Estatuto de Cataluña que considera la incorporación de un título dedicado a derechos, deberes y principios “única opción legítima desde la óptica constitucional, por dos razones: a) porque el Estatuto como norma institucional básica de Cataluña (art. 147.1 CE) y también como norma del Estado derivada de la Constitución “concreta el derecho a la autonomía política” de tal forma que los órganos de los poderes de Cataluña ejercen las funciones que el Estatuto les ha encomendado para llevar a término las políticas públicas que crean pertinentes, de acuerdo con la legitimidad que les confiere la representación política obtenida en las elecciones, en el marco de las competencias que el Estatuto, como norma subconstitucional, ha establecido; b) es consecuente con la voluntad de concreción material y funcional de las competencias, que se concreten los derechos y deberes que estas competencias generen como también los principios que los informan”. En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 2006 no entiende contrario al ordenamiento constitucional vigente la inclusión de un catálogo de derechos y deberes, pues “no suscita duda que los derechos que se reconocen están ligados a las competencias de la Comunidad Autónoma toda vez que los derechos sociales del presente título no suponen una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos. Y, en segundo lugar, tampoco suscita duda que no registren en modo alguno los que están previstos en la Constitución, sino que se amplían o fortalecen”. De forma análoga se pronuncian los dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias 68/2006, de Galicia de 27 de enero de 2006, de Castilla y León de 15 septiembre 2006. Una síntesis de estos dictámenes en ÁLVAREZ CONDE, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, cit. págs. 277 y ss.

con la realidad; es pura apariencia, dado el llamativo rebaje que la Sentencia acaba dando al tema de los derechos estatutarios, según veremos más adelante. En todo caso, la Sentencia desautoriza las dos hipótesis extremas, es decir, tanto la interpretación literal del artículo 147.2 CE, como aquélla según la cual cabría en los Estatutos cualquier contenido con tal de que no fuera contrario a la Constitución¹¹⁹.

Creemos que la Sentencia acierta en cuanto a la interpretación del contenido estatutario posible (aunque no en la desnaturalización que luego hace de ese contenido). Resulta inviable abordar la interpretación del precepto sin tener en cuenta el precedente, realmente aplastante, de la masiva consagración de derechos de orden social que la legislación autonómica ha venido produciendo desde el inicio del sistema. Las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1. C. Civil). Era de todo punto lógico que en la fase inicial del sistema autonómico los Estatutos se acomodaran a los mínimos contemplados en el artículo 147.2, aparte de que poco más podían decir; pero aquella realidad ya no existe, es otra, y no cabe aferrarse a la literalidad de dicho precep-

¹¹⁹ Con mayor o menor exactitud pueden adscribirse a esta línea interpretativa las opiniones, por ejemplo de LEGUINA VILLA, para quien, aparte del contenido mínimo, necesario y suficiente, ello “no excluye la incorporación a cada Estatuto de otras determinaciones que, sin vulnerar la Constitución, delimitan adicionalmente el marco autonómico dentro del cual pretendan desenvolverse las instituciones de cada comunidad”, *Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, pág. 793; más recientemente y ya en el contexto de las nuevas reformas estatutarias, *vid.* del mismo autor “La transferencia o la delegación de competencias por medio del Estatuto de Autonomía” en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Institut d’Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, 2004, págs. 199 y ss. Análogamente, ÁLVAREZ CONDE, E. considera incluibles todas aquellas materias que no estén reservadas a la Constitución y al legislador estatal, así como aquellos contenidos que sean de interés para la Comunidad Autónoma respectiva, y que no implique una usurpación de funciones o competencias de otros titulares ni la imposición de mandatos imperativos a los mismos; *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, cit. pág. 290–291; y asimismo en su *Curso de Derecho Constitucional*, cit., pág. 510 y ss. También hay que adscribir a esta posición abierta a MUÑOZ MACHADO, S., aunque su postura originaria era mucho más estricta como vimos *supra*. Cfr. su posición actual en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público, II*, cit. pág. 719 y ss.; CARRILLO LÓPEZ, M., para quien es posible la inclusión de todo lo que sea inherente al autogobierno, “Los derechos, un contenido...” cit. págs. 25 y ss.; ENTRENA CUESTA, R., quien junto al contenido esencial del artículo 147.2 CE admite un contenido eventual que dependerá en cada caso de la voluntad de sus redactores, “Comentario al artículo 147 de la Constitución” en *Comentarios a la Constitución*, dir. Fernando Garrido Falla, 3º ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 2524; y análogamente MARTÍN OVIEDO, J. M., “Estatutos de Autonomía. Su contenido y reforma” en *Comentarios la Constitución española* (dir. Oscar Alzaga), cit., pág. 134.

to congelando una interpretación estricta que sí era lógica en aquel momento fundacional, pero ya no. Cada Comunidad Autónoma ha ido labrando su propia historia particular con la creación de derechos, deberes y posiciones jurídicas de toda índole; resulta bien difícil eludir esta imponente realidad y negar de plano que esa ejecutoria no pueda quedar plasmada en la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma cuando ha llegado la ocasión de hacerlo. En fin, resulta paradójico negar la posibilidad de que un Estatuto proclame un derecho determinado cuando puede darse el caso de que éste ya esté creado por una simple Ley de la Comunidad Autónoma.

Por tanto, desde el punto de vista formal no vemos razones de peso que impidan interpretar el artículo 147.2 CE en el sentido amplio con que lo hace la STC 247/2007. Ciertamente es que cabe argüir contra ello razones de otra índole, o sea, materiales o de fondo, como veremos seguidamente; pero éstas tendrían que ser especialmente potentes para poder doblegar esa fuerte presunción de legitimidad que juega a favor de los Estatutos en cuanto al hecho mismo de que luzcan tablas de derechos, principios y deberes.

B) Los argumentos de fondo, a favor y en contra, sobre los enunciados de principios, derechos y deberes de los Estatutos de Autonomía.

Lo primero a tener en cuenta es que en la actualidad ha quedado absolutamente descartada toda posibilidad de discusión sobre si los Estatutos de autonomía pueden fijar objetivos, formular programas o proclamar principios rectores. Todo enunciado que no se proponga ser inmediatamente aplicable en el plano jurídico es aceptado como contenido lícito de un Estatuto. Por tanto, la polémica –aunque formalmente esté zanjada en la actualidad por la STC 247/2007– queda situada en un nivel superior, el de la posibilidad o no de reconocimiento de derechos subjetivos de eficacia directa, lo que diluye toda posible discusión sobre la procedencia o no de incluir en los Estatutos normas programáticas o principios rectores. El “problema” que un día representaron estas “normas programáticas”, reputadas antaño por muchos autores como cuerpos extraños incrustados en los Estatutos, ha dejado de ser un problema.

Otro aspecto a descartar deriva de la aceptación, tanto por el Tribunal Constitucional como por la doctrina, de que los Estatutos puedan contener verdaderos derechos subjetivos, dotados de eficacia jurídica directa, que dimanen del artículo 147.2.c), esto es, los relacionados con “la denominación,

organización y sede de las instituciones autónomas propias”¹²⁰. En efecto, existe el más absoluto consenso sobre la posibilidad de que los Estatutos contengan esta suerte de derechos subjetivos. El propio DÍEZ-PICAZO, destacado detractor de la inclusión de derechos en los Estatutos, los justifica con base en dos argumentos: a) las normas relativas a la organización institucional suelen ser moralmente neutras, mientras que las normas declarativas de derechos, deberes y principios implican casi siempre una toma de posición acerca de relevantes problemas de ética pública (el origen y el fin de la vida humana, el papel de la religión en la esfera pública, el uso de las lenguas, la presencia de uno u otro sexo en los cargos públicos...); b) aunque esas normas estatutarias relativas a la organización imponen a veces mayorías cualificadas para ciertas decisiones –o sea, el factor de rigidez que al propio autor le lleva a rechazar la introducción de opciones políticas en los Estatutos– se trata de “algo inherente y excepcional” que no restringe materialmente el terreno del proceso político democrático, es decir, de lo que puede ser discutido y votado¹²¹, argumentación que ha sido rebatida por CAAMAÑO DOMÍNGUEZ¹²².

La STC 247/2007 se pronuncia con la mayor contundencia sobre la licitud de la proclamación por los Estatutos de estos derechos subjetivos de corte institucional:

“... son los Estatutos, precisamente, la concreta fuente constitucionalmente prevista para dotar de sentido y alcance material a la institución de que se trate con la orientación que cada uno de ellos considere adecuada dentro del marco de la Constitución. De este modo, dichas regulaciones estatutarias, llamadas constitucionalmente a producir una vinculación directa de los poderes públicos de la Comunidad, pueden generar también verdaderos derechos subjetivos”.

¹²⁰ La propia Sentencia cita como ejemplos el reconocimiento de los derechos de inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios autonómicos (S. 36/1981 de 12 de noviembre, FJ 4), de cooficialidad lingüística (S. 82/1986 de 26 de junio, FFJJ 2, 3, 5, 14), designación de Senadores por las Comunidades Autónomas (S. 4/1992 de 13 enero, FJ 3), sistema de representación proporcional de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (S. 225/1998 de 25 de noviembre, FJ 6 y 7).

¹²¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “¿Pueden los Estatutos...?” en *REDC*, cit., pág. 73.

¹²² “Sí, pueden...” cit., pág. 41, nota 13. La argumentación de CAAMAÑO, viene a decir, en síntesis, que ciertas decisiones organizativas guardan muy estrecha relación con la ética pública y no son moralmente neutras.

Queda claro, pues, que este aspecto de la cuestión cae también fuera de toda controversia. Nadie ha discutido que los derechos de esta clase puedan figurar en los Estatutos como genuinos derechos subjetivos, ni su eficacia directa sin necesidad de *interpositio legislatoris*, lo que permite decir que, siendo esto así tampoco, debe haber razón técnica que impida decir lo mismo de los demás derechos subjetivos, o al menos de buena parte de ellos. Pero la STC 247/2007 es tajante al respecto; para ella los apartados b) y c) del artículo 147.2 CE son dos mundos diferentes, aunque no haya explicado por qué esto sea así.

Según venimos de ver, una vez excluidos los aspectos no controvertidos, la materia en debate es la que afecta de lleno al ámbito de los derechos sociales, esto es, desarrollo de derechos fundamentales de corte social, especificación de los mismos, derechos subjetivos que traen causa de los principios rectores del Cap. III, Tít. I de la CE e incluso del Derecho internacional y comunitario, y derechos sociales nuevos, fruto de la más pura creación estatutaria. Ninguno de estos contenidos, según la STC 247/2007, cabe en un Estatuto de Autonomía en calidad de derecho público subjetivo. La sentencia pasa por ellos como si se tratara de algo marginal o complementario respecto a los derechos relativos a las “instituciones autónomas propias”; eso sí, es bien explícita al admitir que los *parlamentos autonómicos* sí pueden configurar “verdaderos derechos públicos subjetivos de los ciudadanos”, función que niega de plano a los Estatutos, lo que da un sesgo al asunto ciertamente llamativo.

Hay que reconocer que el advenimiento de la Sentencia 247/2007 destruye en gran medida el valor de los argumentos que venía manejando la doctrina científica acerca del tema en cuestión. Por ello pudiera considerarse incluso improcedente insistir aquí en planteamientos ya sobrepasados por la propia autoridad de la Sentencia. Mas no es descartable que el TC tenga que matizar o reconsiderar esa afirmación tan contundente de que los derechos proclamados por los Estatutos no son derechos en ningún caso, sobre todo cuando tenga a la vista tablas bien nutridas y organizadas tanto de derechos como de principios rectores, como es el caso del Estatuto de Cataluña, supuesto, dicho sea de paso, bien distinto al del Estatuto valenciano, pues en éste la presencia de derechos es muy escasa aunque paradójicamente haya sido uno de ellos, el derecho al agua –art. 17 EACV–, el objeto de la discordia que estamos considerando.

Por todo ello resulta oportuno recordar a continuación las claves del debate sobre los derechos estatutarios.

a) Primera cuestión. Sobre la relación entre los derechos fundamentales y las Cartas estatutarias de derechos.

Más arriba quedó resaltada la importante presencia en los Estatutos de derechos fundamentales de la Constitución o proyecciones de éstos lo cual plantea la necesidad de delimitar muy nítidamente la frontera de lo admisible en esta materia, algo que requiere mucha precisión pues hay mucho en juego para la propia conformación del ordenamiento jurídico y la unidad del Estado. Y también quedó dicho que la Sentencia 247/2007 no trata esta cuestión con la claridad debida. Así, comienza afirmando –Fto. Jur. 15 d– que los derechos constitucionales “no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía”, lo que no es del todo cierto pues es doctrina constitucional que el legislador autonómico puede regular aspectos complementarios o secundarios del derecho fundamental (STC 173/1998). Por tanto, de entrada, es obligado sobreinterpretar lo que presuntamente la Sentencia ha querido distinguir, esto es, lo que es “regular” –lo que corresponde hacer al Estado– e “incidir”, o sea, lo que pueden hacer las leyes autonómicas o los Estatutos. Pero lo grave es que la Sentencia no se pare a explicar cumplidamente lo que signifique “incidir” o cuáles sean las modalidades de esa “incidencia”, cuestión ésta a la que se acerca sin precisión alguna. Así, tras la lapidaria afirmación antes citada, la Sentencia continúa diciendo lo siguiente:

“Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales [...] lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario ‘va más allá’ de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con algunas de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario”¹²³.

En suma, de tal pronunciamiento se puede colegir que los conceptos que la Sentencia maneja son tres: a) la *regulación* del derecho, que en todo caso co-

¹²³ El magistrado Sr. RODRÍGUEZ ARRIBAS se opone a estas consideraciones de la Sentencia, diciendo que “si el Estatuto de Autonomía viene a declarar los mismos derechos que se establecen en la Constitución, ya sea por remisión o por la defectuosa técnica legislativa de la mera reproducción, resultan inútiles o superfluos y si contienen derechos diferentes o inciden en la regulación de los que la Constitución proclama, dada la naturaleza territorialmente limitada de la norma estatutaria, se producirá una vulneración del artículo 139.1 de la Constitución”.

rresponde al Estado; b) la *reproducción* pura y lisa del derecho fundamental, no inconstitucional en sí y a la que sólo cabe reprochar mala técnica legislativa; c) una *incidencia* sobre los derechos fundamentales que “va más allá” de la mera reproducción, sin que la Sentencia explique en qué consiste ese plus o “ir más allá”; si bien aclara que *tales previsiones tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior...* es decir, la eficacia de directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos.

Creemos que la distinción entre “regulación” e “incidencia” (cuya vocación delimitadora a nadie escapa) no tiene la claridad necesaria para dar base a un reparto de los papeles entre el Estado y las Comunidades Autónomas en orden a disciplinar el tratamiento de los derechos fundamentales. Examinemos los supuestos posibles:

a) La simple *reproducción*. Este es el supuesto clave y básico para la Sentencia. Hay que entender, siguiendo el propio tenor del Fto. Jur. 15.d) antes transcrito, que se trata de la mera repetición, o sea, la pura transcripción *ad pedem literae* del derecho fundamental, ya que la Sentencia pone la frontera entre este supuesto y todo lo que “va más allá” de él. Es importante dejar marcada esta frontera porque de ella resulta que si un Estatuto de Autonomía se limita a repetir fielmente un derecho fundamental, estará efectivamente formulando un derecho que, lógicamente, trae causa de la propia Constitución y tiene la fuerza de obligar y demás características que son propias de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE)¹²⁴, ya que en tal supuesto no es el Estatuto la norma creadora del derecho sino que se hace eco del mismo. El profesor MUÑOZ MACHADO equipara a la reproducción textual “los desarrollos mínimos de orden lógico o sistemático que ayudan a alumbrar nuevos derechos que cabe entender comprendidos en otros que la Constitución consagra expresamente”, interpretación razonable que cabría suscribir, pero que la STC 247/2007 ha dejado sin sustento ya que su dicción al respecto es terminante. La cuestión es de suma importancia pues según la Sentencia, si el Estatuto no se limita a calcar sino que “va más allá”, entonces el derecho proclamado, aun-

¹²⁴ En este sentido, BIGLINO CAMPOS, P., “Los espejismos...” en *Derechos, deberes y principios...*, cit., afirma con toda razón que la reiteración en el Estatuto de los derechos, principios y deberes que ya están proclamados en la Constitución no añade un mayor grado de protección (pág. 53). MUÑOZ MACHADO también considera que los derechos tienen la condición de derechos fundamentales si reproducen o explicitan los que aparecen declarados en la propia Constitución, *Tratado...*, II, pág. 730.

que pueda identificarse con un derecho fundamental de la Constitución o pueda subsumirse en él, no será ya un *derecho* sino que se habrá convertido *ipso iure* en una directriz, objetivo o mandato a los poderes públicos autonómicos, conclusión ésta que la Sentencia no motiva en absoluto, pese a que tendría mucho que motivar. Seguramente la razón subyacente haya sido la de abortar de raíz las presuntas extralimitaciones contenidas en los Estatutos, rebajando el valor de todo lo que no sea una repetición pura e indiscutible.

Pues bien, dicho lo anterior hay que señalar que en los nuevos Estatutos de Autonomía esa supuesta fiel reproducción de derechos constitucionales brilla por su ausencia¹²⁵ con lo cual la Sentencia especula sobre una hipótesis inexistente hasta el momento y que será difícil que se produzca en el futuro. En efecto, ningún Estatuto se limita a *transcribir* preceptos constitucionales, lo que resulta además lógico habida cuenta la dinámica visible en los Estatutos tendente a descubrir facetas de los derechos que no se encuentran explicitadas en el texto constitucional. Todos los Estatutos adjetivan, aclaran, diversifican los derechos fundamentales que en la Constitución están formulados con la concisión que es propia de un texto de tal categoría; y si en algún caso aislado algún precepto estatutario se acerca a repetir la dicción de un derecho constitucional –por ejemplo la igualdad– es porque constituye la cabecera de un séquito de derechos vinculados al principio de igualdad que se formulan como variantes o modalidades del mismo (igualdad entre hombres y mujeres, no discriminación a los inmigrantes, respeto a la diversidad religiosa, etc.). Así, la paradoja final a que conduce la doctrina de la Sentencia 247/2007 es la siguiente: niega que los derechos proclamados en los Estatutos que se relacionen con derechos fundamentales sean derechos (a no ser que se trate de la más pura repetición de la fórmula utilizada por la Constitución) y niega también, como se verá más adelante, que constituyan verdaderos derechos las declaraciones de derechos sobre materias ordinarias, esto es, las ajenas a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Y pese a estas rebajas tan sustanciales, la Sentencia seguirá haciendo gala de encontrarse inscrita en una línea de apertura a los contenidos estatutarios.

¹²⁵ Con toda razón, APARICIO WILHELMI y PISARELLO señalan que “no es exacto que los estándares de tutela recogidos en las declaraciones estatutarias sean una simple repetición de los consagrados en la Constitución... no son pocos los que al especificar derechos constitucionales clarifican su contenido y su exigibilidad tanto frente a los poderes públicos como, eventualmente, frente a otros particulares”, “El reconocimiento de derechos, deberes y principios...” en *El Clip*, cit., pág. 11.

b) El *desarrollo*. Tan cierto es que un derecho fundamental sólo puede ser regulado en sus aspectos esenciales por el Estado, como que las Comunidades Autónomas, si tienen competencias asumidas sobre la materia, pueden desarrollar sus aspectos complementarios o secundarios, tales como cuestiones de organización y de procedimiento. Pero los Estatutos, de hecho, no se dedican a desarrollar estos aspectos no esenciales, porque no es ésta su función típica. Quede no obstante apuntada esta posibilidad teórica.

c) La *especificación* de derechos fundamentales. A diferencia del desarrollo, la especificación no tiene por objeto la regulación de los aspectos organizatorios o procedimentales, sino la revelación de una faceta del derecho mismo y, por tanto, sí puede afectar a su identidad e incluso llegar a distorsionarla si se trata de una especificación irregular o falsa especificación¹²⁶. Se quiere decir que la verdadera especificación tiene naturaleza *declarativa* y es lícita, pues sólo pone al descubierto versiones o proyecciones especiales del derecho fundamental que se hallan ínsitas en el mismo. La especificación *declara o interpreta* rectamente lo que está contenido potencialmente en el enunciado de un derecho constitucional y, por tanto, lo redescubre y pone a la vista.

Formalmente, la especificación no supone la *reproducción* del derecho fundamental pero materialmente se le asemeja puesto que, en puridad, tanto una como otra no añaden ningún *novum* al precepto constitucional. Así, cuando los nuevos Estatutos de Autonomía diversifican el principio constitucional de igualdad proclamando el derecho a la no discriminación, no ya por razón del sexo –explícitamente contemplado en el artículo 14 CE– sino por razón de la “orientación sexual” (Estatutos Islas Baleares y Andalucía), están sacando a la luz una faceta de la regla de la igualdad que se encuentra materialmente comprendida, sin forzamiento interpretativo alguno, en el artículo 14 CE aunque éste no la haya explicitado. Y lo mismo ocurre con los preceptos estatutarios que proscriben el maltrato doméstico, pacíficamente subsumibles en el artículo 15 CE; o los que diversifican el derecho a participar en asuntos, funciones y cargos públicos (art. 23 CE) en una serie de modalidades (“promover

¹²⁶ Como puede deducirse del texto no utilizamos la idea de especificación en el sentido con el que BOBBIO se refiere al *proceso de especificación* de los derechos, lo que PECES-BARBA llama *proceso de concreción*; ambos, para aludir al fenómeno que viene a añadir a la evolución histórica de los derechos humanos un nuevo efecto expansivo que se produce tanto sobre los sujetos o titulares de los derechos como sobre su contenido”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., Curso de Derechos Fundamentales... cit. pág. 180 y ss.

y presentar iniciativas legislativas”, “participar activamente en la vida pública”, “derecho a ser tratados por las Administraciones de forma imparcial y objetiva”...) que encuentran indiscutible acomodo en dicha norma constitucional. Y lo mismo cabe decir de otro derecho social de carácter fundamental como el derecho a la educación (art. 27), susceptible de muchas especificaciones.

Desde luego, es posible que los Estatutos contengan enunciados de derechos pretendidamente especificativos de derechos constitucionales que puedan suscitar dudas sobre si en realidad están creando derechos nuevos no subsumibles en los derechos constitucionales; baste citar al respecto supuestos actualmente en debate por la opinión pública, tales como los derechos a la muerte digna, paridad, ordenación lingüística, etc. Sin entrar aquí en estas controversias, por no ser necesario, lo que se quiere indicar es que es posible que algún derecho estatutario, aun proclamado bajo la supuesta cobertura de un derecho fundamental –del que sería una “especificación”–, no sea en rigor subsumible en éste. Por ello, no cabe minimizar el peligro que pueden conllevar estas especificaciones, dada la posibilidad de que exista la tentación de “estirar” el derecho fundamental hasta el extremo de crear, al socaire de la Constitución, un derecho realmente nuevo y distinto al que rige para el resto de los territorios. En suma, el riesgo, advertido por Lorenzo MARTÍN RE-TORTILLO, de una diversificación subrepticia de derechos fundamentales que provoque la ruptura de la unificación, felizmente conseguida por la Constitución, como condensado de los principios proclamados en los numerosos Tratados y Declaraciones internacionales y comunitarias que el autor cita¹²⁷. Pero ese riesgo, cierto en verdad, no supone en sí mismo ilicitud, por lo que todo se reduce a un problema de control de adecuación de los Estatutos a la Constitución, control que deben ejercer las instituciones previstas para ello.

Ciertamente, no es admisible nada que sea *contrario* a un derecho fundamental, aunque provenga de un Estatuto de Autonomía¹²⁸. Y para que

¹²⁷ “Derechos humanos y Estatuto de Autonomía” en *Revista Aranzadi del TC*, núm. 3, 2006, pág. 209.

¹²⁸ APARICIO WILHELMI Y PISARELLO señalan la posibilidad de que “las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, especifiquen e incluso amplíen, aunque sin contradecir, los derechos, deberes y principios contemplados en la CE”; y ello porque como normas institucionales básicas “ostentan una naturaleza cuasi-constitucional que las convierte, junto a la propia CE, en elemento insoslayable de la Constitución territorial del Estado”, “El reconocimiento de derechos...” en *El Clip*, cit. Por su parte, MUÑOZ MACHADO afirma que la reproducción o es-

sea válido el enunciado de una ley autonómica o de un Estatuto no basta, a nuestro juicio, con que no “contradiga” el derecho fundamental sino que tiene que estar en línea o en consonancia con él. En suma, no se pueden crear derechos que no tengan cabida en el derecho fundamental que la Constitución ha configurado, ni al margen del mismo, aprovechando resquicios que pudieran ser calificados como lagunas susceptibles de relleno; cosa distinta es la “especificación” en el sentido antes referido. Hay que entender que los derechos fundamentales diseñados por la Constitución acotan un área de la vida individual, social o política tanto en sentido positivo como negativo, de tal modo que queda integrada en cada formulación no sólo lo que la Constitución dice sino también lo que silencia, razón por la cual la ley ordinaria –o el Estatuto– no puede invadir esa área acotada so pretexto de rellenar huecos, ampliar el derecho fundamental o introducirle mejoras¹²⁹. Por consiguiente, no sólo serían nulas las especificaciones –falsas– que limitasen o redujesen derechos fundamentales –como viene a decir el art. 37.4 del Estatuto de Cataluña, redacción dada en el Congreso de los Diputados– sino también aquellas que al ampliarlos los distorsionen o desfiguren. Todo esto sería un ataque a la Constitución que el Estado debe vigilar e impedir con todo celo pues en ello va en juego la preservación del signo más claro e indiscutible de la unidad, máxime teniendo en cuenta el debilitamiento que han venido experimentando otros mecanismos constitucionales que en principio parecían llamados a cumplir ese papel integrador. En suma, no caben tibiezas ni complacencias en cuanto al rol que a cada institución le

pecificación de valores, principios o derechos fundamentales podrá cuestionarse en razón a su eficacia, pero si no tienen determinaciones *contrarias* a la Constitución tienen el mismo valor que los preceptos constitucionales que reproducen, *Derecho público...*”, cit. pág. 372.

¹²⁹ En esto venimos a coincidir en buena parte con MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ para quien “la inclusión de ‘cartas’ sobre estos derechos y libertades no podrían, en rigor, sino repetir las formulaciones constitucionales, sin determinarlas, modificarlas, modalizarlas o desarrollarlas”; pero a nuestro juicio sí cabe, amén del desarrollo autonómico de los aspectos no esenciales, la *especificación* de la que hablamos en el texto. Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias” en *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2003, pág. 106. Contrariamente, enfocan la cuestión de otro modo APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ i SERRAMALERA, M., quienes haciendo referencia a algunos enunciados estatutarios definidos como derechos, tales como el derecho al testamento vital, a vivir con dignidad el proceso de la muerte, a la elección de la propia orientación sexual, lo que se produce es “un reconocimiento de derechos de nuevo cuño, lo que emerge es nueva categoría de normas iusestatutarias con rango y garantías propias”. Como se ve, admiten la creación de derechos, como de nueva planta, aun en estas materias que tienen “sustancia” de derecho fundamental constitucional. “Los Derechos Públicos Estatutarios” en *Derechos y principios rectores...*, cit. pág. 33.

compete jugar cuando se trata de derechos fundamentales. Si el Gobierno central o las Cortes Generales no son beligerantes contra ello, tendrá que serlo el Tribunal Constitucional.

De todo lo anterior se concluye que no es lícito que los Estatutos incorporen enunciados que alteren derechos y deberes fundamentales pero sí que puedan hacer *especificaciones* porque éstas, como ya se ha dicho, no son más que declaraciones potencialmente contenidas en el derecho fundamental, razón por la que éste no sufre sino que se enriquece en su apariencia externa y operatividad práctica. Obvio es decir que de no ser así todas las tablas de derechos integradas en los Estatutos serían inconstitucionales al menos en parte.

Pues bien, si lo anterior es cierto, no se entiende por qué la STC 247/2007, en su Fto. Jur. 15 antes transcrito, sin una motivación debidamente explicitada, degrada a la condición de meros principios u objetivos todos los enunciados estatutarios relativos a derechos fundamentales, salvo que sean un puro calco de la Constitución, porque ello significa la destrucción de la labor especificadora que tanto ha contribuido a visualizar las potencialidades de la Carta Magna y a difundir su imagen ante los ciudadanos como un bien cercano y protector.

b) Sobre la petrificación y sustracción al juego democrático que puede suponer la inclusión de derechos en los Estatutos.

Este es el argumento de fondo más potente del presente debate. En palabras de FERRERES COMELLA, desde el momento en que se introduce un catálogo de derechos en una Constitución, el legislador se ve sujeto a límites; ciertas cosas que antes podía hacer ya no son lícitas (o ciertas cosas que podía no hacer devienen ahora obligatorias), añadiendo la precisión de que aunque los derechos incluidos en un Estatuto no son “fundamentales” hacen el mismo efecto –por su rigidez– puesto que su contenido se impone al legislador¹³⁰. En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO ha señalado que introducir declaraciones de derechos en los Estatutos supone definir el terreno del proceso político democrático, de tal modo que una opción política es legítima si la hace el legislador y no lo es si la hace un Estatuto, pues esto significa que el legislador autonómico ya no podrá reconsiderar dicha opción. En España –dice el autor–

¹³⁰ “Derechos, deberes y principios...”, cit. págs. 17 y 22.

el terreno del proceso político democrático viene fijado por el Título I de la Constitución y no se puede “privar a los ciudadanos por vía estatutaria de algo que tenían por vía constitucional. Si no existieran esas normas estatutarias declarativas de derechos, se aplicaría sólo el Título I de la Constitución y los ciudadanos –o sus representantes– podrían debatir y votar sobre más cosas”¹³¹. FERRERES COMELLA ha abundado en lo anterior con un argumento de otro corte, señalando la inconveniencia de que el constituyente, en este caso el “estatuyente”, se precipite sin haber sopesado previamente el verdadero consenso existente en la sociedad sobre asuntos tan discutibles y delicados como el derecho a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte, la laicidad de la enseñanza pública, la igualdad de las diferentes uniones de pareja, la consecución de la “paridad” –idea distinta del principio de igualdad real y efectiva– algunos aspectos relativos a los derechos y deberes lingüísticos que no forman parte del consenso político básico, etc. En suma, asuntos que no son nada “neutrales” y sin embargo han quedado congelados en el Estatuto de Cataluña, que es el que el autor toma como referencia¹³².

Contra el fallo de la STC 247/2007 hay votos particulares de magistrados que están en línea con la doctrina que acaba de citarse. Aparentemente resulta ello extraño pues la Sentencia, como ya hemos apuntado, niega a la postre la licitud de las declaraciones de derechos sustantivos en favor de los ciudadanos (al menos, del grueso de los derechos subjetivos de genuina creación autonómica), pero como aquélla se mueve en el plano de la confusión entre lo que genéricamente declara y lo que efectivamente resuelve, es por lo que propicia la formulación de ciertas “discrepancias” que inciden precisamente en el dato de la rigidez de la reforma de los Estatutos¹³³. En suma, para la doc-

¹³¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “¿Pueden los Estatutos...?”, cit., págs. 71 y 72. Análogamente, esgrime el argumento de la petrificación en contra de la inclusión en los Estatutos de objetivos, fines o programas, AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía...* cit., pág. 324. Por su parte, señala los inconvenientes RUIZ-RICO RUIZ, G., entre ellos el de obstruir el posible mecanismo estatal *ex art. 149.1.1ª* para modificar el alcance de unos derechos que se encontrarían “blindados” por encontrarse en un Estatuto de Autonomía. “Derechos Sociales y reforma de los Estatutos de Autonomía: el derecho a la vivienda”, cit., págs. 85–86.

¹³² Y el autor añade datos de los entresijos del proceso de formación del Estatuto –los *interna corporis*– que acreditan la ausencia de acuerdo básico de las distintas fuerzas políticas catalanas en torno a estos valores fundamentales. FERRERES COMELLA, V., “Derechos, deberes y principios...” cit., págs. 24 y ss.

¹³³ El voto particular del magistrado don Javier DELGADO BARRIO resalta el dato de la rigidez como determinante para entender el principio restrictivo que ha de presidir el contenido del

trina antes referida lo que debe caracterizar al Estado Social es precisamente su carácter abierto y flexible, mutante en virtud del pluralismo político, lo que resulta aún más procedente en momentos de crisis económica¹³⁴.

Contra esta postura se han alzado otras opiniones que, o bien tratan de minimizar la trascendencia de esta congelación, o bien hacen de ella virtud, poniendo en este último caso el acento en la “función transformadora” de la sociedad que supuestamente han de cumplir los Estatutos. Así, CAAMAÑO afirma que son posibles otros consensos aparte del acaecido para fraguar el Título I de la Constitución y que lo contrario significa “abrazar el Estado mínimo de NOZIC y abjurar de todo republicanismo democrático”¹³⁵. Más incisivamente, se ha señalado que la decisión de reconocer derechos, y con ello, límites y vínculos al legislador autonómico ordinario es una decisión democráticamente asumida por el poder estatuyente (compuesto por los Parlamentos autonómicos, las Cortes Generales y en algunos casos el propio cuerpo electoral de las Comunidades Autónomas) por lo que resulta inconsistente cues-

Estatuto. Dice así: “Sólo puede ser contenido lícito de un Estatuto, dado el fondo paccionado de éste, lo que es objeto de la competencia conjunta del Estado y de la Comunidad Autónoma, que es la materia reservada al Estatuto, esto es, la integrada por las determinaciones expresamente previstas en la Constitución y, en su caso, por un contenido adicional o conexo. Esto es lo que puede quedar legítimamente ‘congelado’ en virtud de su inclusión en el Estatuto, dada la rigidez de la reforma de estos”. “Toda otra materia ajena a la competencia conjunta establecida por la Constitución, de incluirse en el Estatuto, vería alterado su régimen jurídico pues ya no podría ser modificada por la decisión unilateral del ente competente, que habría de contar con la voluntad del otro”. La posible inclusión del contenido adicional ha de cumplir dos requisitos: 1º. Ha de tener una conexión con la materia constitucionalmente reservada al Estatuto; 2º. Ha de ser complemento adecuado de la regulación estatutaria de esa materia, adecuación ésta que ha de entenderse en el sentido estrictamente preciso para que el Estatuto pueda cumplir la función que la Constitución le encomienda. Por su parte, el voto particular del magistrado Sr. RODRÍGUEZ ZAPATA incide sobre el dato de la rigidez del Estatuto, diciendo: “Ese carácter de fuente de contenido legítimo ambiguo e impreciso y de pétreo fuerza de resistencia, en cuanto a su posibilidad de reforma, produce unos efectos indeseables en nuestro sistema de fuentes que, hacia arriba, destruye las competencias constitucionales del Estado y, hacia abajo, limita en forma grave el funcionamiento democrático de las Comunidades Autónomas. En efecto, cada vez que una mayoría ocasional de partidos autonómicos logre el plázet de las Cortes Generales, podrá petrificar en una reforma del respectivo Estatuto derechos, principios, mandatos o directrices que vinculen a mayorías democráticas futuras”.

¹³⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., “Reflexiones sobre los derechos sociales y su eficacia jurídica” en *Revista General del Derecho*, núm. 628–629, 1997, pág. 160.

¹³⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., “Sí, pueden...” cit., pág. 39.

tionar el carácter formalmente democrático de tal decisión; pero además –se dice– la congelación de derechos civiles, políticos y sociales en los Estatutos reduce los márgenes de arbitrariedad de los poderes públicos y refuerza la autonomía de las personas frente al propio poder, central o autonómico, legislativo o ejecutivo, público o privado¹³⁶. En esta misma línea se ha dicho que los derechos sociales, que tan estrechamente están relacionados con los derechos individuales, forman parte de esa dimensión sustancial que limita y condiciona la decisión democrática y que su aportación resulta importante para que la democracia formal se lleve a cabo en mejores condiciones o con una mayor autenticidad; se trata de tener una mejor democracia¹³⁷, lo que conduce a una concepción del Estatuto no sólo como elemento regulador sino como un arma de transformación cuya misión no es solamente la de integrar el consenso social existente sino impulsar la realidad que pretende regular¹³⁸.

Aun dentro de esta corriente defensora de la inclusión de derechos en los Estatutos MARC CARRILLO no deja de tener en cuenta el peligro que conlleva la petrificación y por ello postula la fijación de esos derechos en el Estatuto *en sus aspectos más genéricos*, pues de otra forma podría vulnerar –dice– el principio constitucional del pluralismo político y la libertad de opciones¹³⁹, opinión que nos parece discutible¹⁴⁰.

¹³⁶ APARICIO WILHEMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos...” en *El Clip*, cit. pág. 4. En análogo sentido, AGUDO ZAMORA, M. J., “Derechos sociales y políticas públicas en la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinario...*”, cit. pág. 140.

¹³⁷ SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001, pág. 262.

¹³⁸ Así lo defiende EXPÓSITO, E., “La regulación de los derechos...” en *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, cit., pág. 55.

¹³⁹ “Los derechos, un contenido...” en *REDC*, cit., págs. 63 y 64. Partiendo de esta premisa, el profesor CARRILLO, refiriéndose al nuevo Estatuto catalán destaca el carácter genérico de la inmensa mayoría de sus prescripciones, de lo que concluye que es razonable no apreciar vicios de inconstitucionalidad en esta opción del legislador estatuyente. De igual manera, Enriqueta EXPÓSITO arguye que “en la formulación estatutaria de los derechos se ha utilizado no sólo una redacción lo suficientemente amplia como para permitir todas las opciones políticas en su desarrollo –al igual que sucede con la mayoría de los derechos constitucionales o internacionalmente proclamados–, sino que además se hace una constante remisión al legislador autonómico para que los regule y desarrolle más allá de los mínimos estatutarios”, “La regulación de los derechos...” cit., pág. 164.

¹⁴⁰ A nuestro juicio, la licitud de la inclusión de los derechos en los Estatutos nada tiene que ver con la eventualidad de que estos derechos aparezcan regulados con mayor o menor precisión.

No cabe negar que se trata de un tema plagado de claroscuros donde los inconvenientes de la petrificación se palpan en relación con las normas que establecen deberes –normas *odiosas*– y con los derechos ideológicamente controvertidos. Podría decirse que éste es un coste que el sistema paga a cambio del bien que conlleva la fijación de numerosos objetivos positivos –normas favorables– a cumplir por los poderes autonómicos y que por ello cuentan con el consenso de la inmensa mayoría de la ciudadanía. Por otra parte, no cabe marginar el dato de que esa petrificación estatutaria en una gran medida no opera *ex novo* o en el vacío sino sobre un tejido muy espeso de normas preexistentes en funcionamiento, lo cual es un factor indudablemente desdramatizador, como lo es el hecho de que la petrificación no es al cabo un suceso definitivo que socave el núcleo esencial del juego democrático sino una situación reversible, al menos teóricamente, lo cual parece suficiente.

La STC 247/2007, no se encara al problema de la congelación cuando se decanta por la interpretación amplia del artículo 147.2 CE (FFJJ 11 y 12); no obstante, en otra parte de ella refiriéndose a los contenidos del Estatuto deja dicho que éste “es obra de un legislador democrático y que la regulación que realiza... es vehículo de la voluntad de autogobierno de un determinado territorio y expresión de la voluntad del Estado” (Fto. Jur. 6, *in fine*).

c) Otra línea argumental. Los Estatutos son aprobados por leyes orgánicas del Estado. ¿Pueden éstas crear desigualdades entre los españoles?

Otra objeción importante esgrimida en contra de la formulación de derechos estatutarios se plantea en los términos siguientes: los Estatutos de Autonomía y sus reformas exigen la aprobación final mediante ley orgánica, lo

El problema se circunscribe a si esa inclusión es legítima o no. Aceptada que sea la legitimidad de la inclusión y, por tanto, la congelación del derecho de que se trate, resulta ya indiferente, por pura coherencia, que el Estatuto regule el derecho con mayor o menor amplitud, o lo que es lo mismo, deje mayor o menor margen al juego de las fuerzas políticas. Es más, si verdaderamente se está conforme en que es legítimo petrificar una determinada opción política incluyéndola en el Estatuto, lo que debe postularse es que el estatuyente haga el esfuerzo de precisar su regulación lo más posible evitando ambigüedades y remisiones al legislador salvo en la medida mínima necesaria para completar aspectos de difícil o imposible regulación estatutaria. En suma, si el estatuyente decide consagrar en el Estatuto un auténtico derecho, –admitida que fuere la legitimidad de tal operación–, lo que tendría que hacer en consecuencia y sin rodeos es definirlo derechamente sustrayéndolo de los avatares de un juego político que podría dar al traste con lo que se ha querido congelar. En definitiva, cuando se trata de un derecho no cabe razonar como si fuera un principio rector, pues la vocación de cualquier derecho proclamado no es otra que la de su concreción por la vía más rápida e inmediata posible.

que significa que no dimanen sólo de la voluntad del electorado y de los órganos de la Comunidad Autónoma sino también de la voluntad de las Cortes Generales. Siendo esto así, admitir que los Estatutos puedan recoger declaraciones de derechos es tanto como admitir que las Cortes Generales puedan dar unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles¹⁴¹. Lógicamente, las razones de esta proposición se hacen más incisivas cuanto más quede acentuado el dato de que el Estatuto es una ley del Estado y que no cabe distinguir entre el Estatuto y la ley orgánica que lo aprueba¹⁴².

No es otra la tesis que sostienen varios magistrados discrepantes del fallo de la STC 247/2007, quienes enfatizan sobre la diferencia existente entre la diversidad en el tratamiento de los derechos que puedan producir los parlamentos autonómicos en su función legiferante y la que pueda derivar directamente de los Estatutos de Autonomía¹⁴³.

¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “¿Pueden los Estatutos...?”, cit., pág. 72.

¹⁴² En este sentido, AGUADO RENEDO, C., tras reconocer las especialidades procedimentales que se dan respecto a las leyes orgánicas que aprueban los Estatutos, concluye afirmando que no puede hablarse con propiedad del Estatuto de Autonomía negando a éste su carácter de ley orgánica, por muy matizada que sea esa negación. *El Estatuto de Autonomía...*, cit., pág. 210. En la misma línea, MUÑOZ MACHADO, S., quien niega que se trate de una ley paccionada al ser sólo una la voluntad que concurre para su aprobación: la de las Cortes Generales, *Tratado...*, II, cit., págs. 687 a 693. Asimismo, sobre el decisivo papel de las Cortes Generales, BLANCO VALDÉS, R., “¿Quién reforma los Estatutos de Autonomía? en *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, Vol. I (Coord. Vidal Beltrán y García Herrera), Colex-INAP, 2005, págs. 357 y ss.

¹⁴³ Así, el magistrado don Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS en su voto particular pone de relieve que es el Estado, como instancia única, el que aprueba los distintos Estatutos “y es a partir de ese inexcusable elemento unificador como debe analizarse si es compatible con la exigencia del artículo 139.1 CE que el Estado haga declaraciones de derechos no referibles a la totalidad de sus ciudadanos, sino sólo a los residentes en el territorio de una Comunidad Autónoma. Mi criterio –dice el magistrado– es que el artículo 139.1 CE veda esa posibilidad”. Y añade la siguiente reflexión: “La consagración del derecho de los ciudadanos en una norma estatal del rango que corresponde a un Estatuto de Autonomía, Ley Orgánica, obligará al respeto de ese derecho no ya sólo al legislador autonómico, sino a cualquier eventual norma estatal de rango inferior, y limitará en la misma medida la plena disponibilidad del legislador estatal, y no sólo al autonómico, al ejercer sus propias competencias. Y ahí es precisamente donde radica la dificultad para poder cohonestar con el artículo 139.1 esas declaraciones de derechos”. En el mismo orden de ideas, el magistrado disidente Sr. DELGADO BARRIO destaca que el acto formal de que todos los Estatutos de Autonomía se aprueban por un mismo legislador, a diferencia de las leyes autonómicas, “tiene muy relevantes consecuencias para el principio de igualdad [...] hemos declarado –STC 319/1993 de 27 de octubre, FJ 5– que no es admisible que las normas establezcan diferenciación

De contrario, se arguye, como es lógico, la sustantividad del Estatuto de Autonomía frente a las demás leyes orgánicas que aprueba el Estado, lo que permite evitar, así lo afirma MARC CARRILLO¹⁴⁴, una absoluta identificación jurídica entre el Estatuto como norma institucional básica y el instrumento normativo que es la ley orgánica a la que formalmente se refiere la CE. A esta premisa de partida se añadirá el dato de que el Estatuto forma parte del bloque de la constitucionalidad; que tiene una superioridad normativa sobre las leyes de cualquier procedencia, ya sean del Estado o de las Comunidades Autónomas; y sobre todo que es fruto de la concurrencia de dos voluntades legislativas en un proceso de carácter paccionado¹⁴⁵, lo que enfatiza el papel de la Comunidad Autónoma en la autoría del Estatuto. Por su parte CÁMARA VILLAR pone agudamente el acento en la idea de que sólo en abstracto cabe hablar de “el mismo legislador” que aprueba todos los Estatutos, mas no en relación con cada Estatuto en concreto, dada la significación de esta norma en la articulación del pluralismo territorial y su carácter paccionado; en suma, su funcionalidad en un Estado compuesto¹⁴⁶.

CAAMAÑO opone una argumentación más frontal pues incluso prescindir de la idea del carácter paccionado del Estatuto. Así, sin hacer cuestión del hecho de que se trata de un producto de las Cortes Generales, estima que en un Estado políticamente descentralizado como el nuestro “es perfectamente normal que las Cortes Generales varíen su postura en función del interlocutor con el que mantenga su diálogo normativo [...]; gestionar la diferencia no es incurrir en la arbitrariedad, sino cumplir razonablemente con una obligación constitucional¹⁴⁷”. Y en esta misma dirección, CABELLOS ESPIÉRREZ realiza

nes no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo legislador”. Así, los Estatutos no son el ámbito normativo adecuado para la inclusión de derechos que han de implicar diferencias ya que esto ha de estar inspirado en un criterio “profundamente restrictivo”. En el mismo sentido, el voto particular del magistrado Sr. GARCÍA CALVO pone el acento en la diferencia de que los derechos estén reconocidos en las leyes autonómicas o en los Estatutos mismos.

¹⁴⁴ “Los derechos, un contenido constitucional...” en *REDC*, cit. pág. 51.

¹⁴⁵ *Ibidem*, págs. 51 a 53.

¹⁴⁶ “Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (A propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”. Estudio elaborado para su publicación en la *Revista Española de Derecho Constitucional* que su autor, Gregorio CÁMARA, me ha permitido consultar antes de su publicación. Un trabajo excelente, lleno de certeras reflexiones.

¹⁴⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., “Sí pueden...” en *REDC*, cit., págs. 44–45.

el dato de que el Estatuto es una norma estatal, precisamente para poner de relieve que es el propio Estado quien quiere que sea distinto el contenido del Estatuto en determinada Comunidad Autónoma; y más, que con ello el propio Estado vincula sus competencias a lo que él ha establecido en la norma estatutaria¹⁴⁸.

La STC 247/2007 no razona sobre este orden de consideraciones, o mejor puede decirse que se lo ha evitado, al haber negado la premisa mayor, esto es, que los derechos proclamados en los Estatutos sean verdaderos derechos. Pero el tema –sí puesto de relieve por los votos particulares– es importante y merece una reflexión adicional.

En efecto, vemos cómo es realizado el argumento de que el Estatuto es una norma del Estado, con finalidades distintas e incluso contrapuestas. Ahora bien, si se desciende desde la teoría a lo puramente fáctico, la percepción general sobre el papel jugado por las Cortes Generales en relación con los nuevos Estatutos no ha sido precisamente el de un coautor activo y, por tanto, promotor de desigualdades entre Estatutos, sino más bien como un controlador negativo, ciertamente menguado, limitado a defender la Constitución de los excesos estatutarios inadmisibles. Pero, en cualquier caso, las cuestiones relativas a la igualdad se disuelven en la interpretación que la Sentencia 247/2007 hace de los artículos 138.2 y 139.1 CE. Con tal hermenéutica, el problema de la desigualdad interterritorial pierde relevancia así como la acusación al Estado de generar esas diferencias, conclusión ésta muy extrema que podría haberse dulcificado con una interpretación más equilibrada del artículo 139.1 CE, según expusimos *supra* en epígrafe dedicado a analizar este precepto¹⁴⁹.

d) De nuevo sobre la sujeción a la potestad del Estado ínsita en el artículo 149.1.1ª CE.

Ya quedó fijada *supra* (IV.3.E) la significación de este precepto en cuanto a las leyes autonómicas en general, plano éste en el que la Sentencia 247/2007 sitúa su discurso. Ahora, puestos a señalar el alcance de esa potestad estatal en

¹⁴⁸ “La relación derechos–Estado autonómico en la Sentencia 247/2007...”, cit. pág. 140. Es ocioso señalar la discutibilidad de tal opinión.

¹⁴⁹ Vid. *supra* epígrafe IV.3.C)

su relación concreta con los Estatutos, hay que decir, paradójicamente, que la cuestión se simplifica e incluso se esfuma como problema y ello por mor de la impotencia de esas eventuales bases estatales para percutir sobre los enunciados de derechos y principios que ofrecen los nuevos Estatutos, según resulta de la propia jurisprudencia constitucional.

En efecto, por un lado hay que tener en cuenta, de acuerdo con esa jurisprudencia¹⁵⁰, que el específico campo sobre el que opera el artículo 149.1.1^a es comprensivo no de cualquier derecho sino de los “derechos y deberes constitucionales”, lo que equivale propiamente al contenido del Cap. II, Tít. I CE, contrayéndose además a las “posiciones jurídicas fundamentales”, imprescindibles para garantizar una igualdad compatible con la heterogeneidad que es propia del sistema. Y por otro lado, hay que observar que la inmensa mayoría de los derechos, deberes y principios que se vienen insertando en los Estatutos caen fuera del radio de acción del artículo 149.1.1^a CE, bien porque se trate de enunciados totalmente nuevos sobre materias ajenas a la Constitución, bien porque son *derechos* que traen causa de principios rectores (Cap. III, Tít. I) a los que no alcanza la onda de ese instrumento estatal, según doctrina constitucional ya referida¹⁵¹. Quedarían, pues, sometidos, en principio, a los efectos de esa eventual normativa básica sólo los derechos y deberes estatutarios que son trasunto de los genuinos derechos fundamentales, bien porque los desarrollen o los especifiquen (o sea, porque “van más allá” de su mera reproducción literal, en la dicción de la STC 247/2007); pero como resulta que estos enunciados que “van más allá” son calificados por esta misma Sentencia como meros principios, según ya hemos visto, no parece proporcionado que el Estado se empeñe en movilizar su potestad *ex art.* 149.1.1^a CE sólo para corregir enunciados de carácter principal, sin eficacia directa ni accionabilidad ante los Tribunales. De este modo, la potencialidad de dicho precepto queda reducida prácticamente a la nada (sólo a los enunciados que *reproduzcan* derechos fundamentales, sin repercusión sobre los derechos sociales proclamados en los Estatutos. Pero, además, hay que añadir, desde la realidad de las cosas, que resulta impensable y posiblemente ilícito en términos

¹⁵⁰ Son especialmente citables las SSTC 154/1988 de 21 de julio; 61/1997 de 30 de abril; 173/1998 de 23 julio; 37/2002 y las Sentencias que ésta cita; 133 y 135/2006, ambas de 27 de abril.

¹⁵¹ Sobre este extremo puede verse SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., “Derechos sociales y Comunidades Autónomas: los márgenes de las políticas autonómicas” en *El Estado autonómico: Integración, solidaridad y diversidad*, cit., Vol. I, págs. 498 y ss.

constitucionales, que el Estado se inmiscuya, utilizando tal instrumento, en este mundo de los derechos sociales que es por excelencia el campo natural de las normas favorables, salvo, claro está, que éstas desfiguren o contraríen al alza o a la baja un derecho fundamental.

Teniendo en cuenta lo expuesto no parecen oportunas las consideraciones de teoría general sobre el artículo 149.1.1^a en las que se enfrasca la STC 247/2007 (ámbito en el que incide, concepto de “condiciones básicas”, su diferencia con las “bases” o la “legislación básica”...), cuando lo verdaderamente esencial es lo que afirma como obligada consecuencia de la tesis central que la misma sostiene (esto es, que los derechos que proclaman los Estatutos no son verdaderos derechos); y lo que afirma es que el artículo 149.1.1^a “*no se proyecta sobre los derechos, principios o directrices estatutarios en sentido estricto, es decir, sobre los preceptos estatutarios de tal carácter que no reproduzcan los derechos constitucionales*” (Fto. Jur. 17), solución ésta que supone a la postre una limitación al poder del Estado digna de una seria reflexión acerca de la bondad real de la citada tesis¹⁵². En efecto, si a la ya restringida interpretación del art. 139.1 CE –reducida su aplicación al ámbito intraterritorial, como expusimos supra, IV.3.C– se suma una también estricta interpretación del alcance del artículo 149.1.1 como mecanismo estatal de igualación, es evidente que quedan al descubierto espacios sin cubrir porque no resultan alcanzados por ninguno de esos dos mecanismos, lo que se acentúa por el hecho de la transformación de los derechos estatutarios en principios rectores, operación ésta que hace desaparecer la causa que permite al Estado, eventualmente, poner en práctica la garantía de las “condiciones básicas” en el ejercicio de los derechos.

e) El argumento del derecho comparado.

Es un hecho que en los Estados descentralizados, ya se trate de sistemas federales o de modelos más próximos al nuestro, las Constituciones de los Estados miembros o los Estatutos de las regiones contienen Cartas de derechos. Así lo ha destacado la doctrina en relación, señaladamente, con los Estados

¹⁵² La prueba más evidente de lo que decimos la brinda la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 cuando afirma que el artículo 17.1 del Estatuto valenciano objeto del recurso no puede friccionar con el artículo 149.1.1^a CE “*pues no estamos ante un derecho constitucional por lo que, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina... no cabe proyectar sobre el mismo la señalada regla constitucional*”. (Fto. Jur. 20.b). Un análisis del artículo 149.1.1^a tras la STC 247/2007 en CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., “La relación derechos–Estado en la Sentencia sobre el Estatuto valenciano” cit. págs. 113 y ss.

americanos de la Unión, los cantones de la Confederación Helvética o algunos Länder de la RFA¹⁵³ y, desde luego, con los Estatutos italianos surgidos tras las reformas de la Constitución operadas en el período 1999–2001, especialmente los de las Regiones Toscana, Umbría y Emilia Romagna, por haber propiciado sendas resoluciones de la Corte Costituzionale (372, 378 y 379 de 2004) que sientan la doctrina que enseguida diremos.

No es extraño que en España los partidarios de las Cartas estatutarias de derechos hayan invocado en su favor esos precedentes¹⁵⁴ y que los detractores se hayan esforzado en señalar las diferencias entre sistemas que hacen inviable el método comparatista. Una postura muy ponderada es la que sostiene MARC CARRILLO pues aun siendo partidario de la inclusión de esas Cartas, no da al derecho comparado más valor que el de un argumento *complementario* y no sustantivo, aunque, eso sí, válido como prueba de que la opción tomada por los nuevos Estatutos no es ninguna ocurrencia extravagante o un “delirio jurídico”¹⁵⁵.

Ciertamente, no es homologable nuestro sistema autonómico con los sistemas federales a estos efectos, como ha señalado DÍEZ-PICAZO¹⁵⁶. Pero quizás menos aún puede ser el de Italia el modelo que deba traerse a colación para respaldar la legitimidad y sobre todo la eficacia de los derechos proclamados en nuestros Estatutos. En el sistema italiano el contraste de las soluciones –quizás la incongruencia– puede haber llegado al paroxismo. Por una parte, el sistema cuasi se federaliza; la Constitución de 1947 (art. 123), tras su reforma de 1999, ya permite, como destaca RAFFAELLE BIFULCO, que los nuevos

¹⁵³ Señala Rainer HOFMANN que de las 16 Constituciones de los Länder, 10 tienen completos catálogos de derechos fundamentales propios. Para una visión general del sistema, *vid.* su “Federalismo y derechos en Alemania” en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, cit. págs. 13–28.

¹⁵⁴ Señaladamente así lo hizo el Dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña núm. 269 de 1 septiembre de 2005 (Fto. Jur. III).

¹⁵⁵ “Los derechos, un contenido constitucional...”, cit. pág. 65.

¹⁵⁶ Así, recordando la postura al respecto de los profesores FERRERES COMELLA Y BIGLINO CAMPOS, señala que hay al menos dos importantes diferencias: una, en el Estado autonómico español no es la Constitución la que distribuye competencias sino los Estatutos de Autonomía; otra, que los Estatutos no son aprobados y reformados sólo por la correspondiente Comunidad Autónoma. Por el contrario, las entidades federadas poseen un poder constituyente residual sin más límite que no vulnerar la Constitución y el derecho federales, razón por la que pueden recoger declaraciones de derechos sin poner en cuestión el diseño del conjunto. “¿Pueden los Estatutos de Autonomía...?”, cit., págs. 66–67.

Estatutos y sus contenidos estén sometidos al único límite de su “armonía con la Constitución”¹⁵⁷; mas, por otra parte, la Corte Costituzionale, en las Sentencias antes citadas, ha negado valor jurídico alguno a las previsiones establecidas en los Estatutos en materia de derechos, pronunciamiento maximalista que no sólo afecta a las concretas cuestiones que fueron objeto de las Sentencias (derecho de sufragio de los inmigrantes, formas de convivencia distintas del matrimonio) sino a las nutridas tablas de principios y derechos contenidas ya en numerosos Estatutos, todas ellas provistas, según la Corte, “de naturaleza cultural o incluso política, pero ciertamente no normativa”. Pues bien, esas tablas contienen enunciados nada baladíes tales como derechos a la información, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la asistencia, a la vivienda; derechos de los menores, ancianos, minusválidos... Todo esto, que es tanto, es sin embargo jurídicamente nada en el plano estatutario del sistema italiano. En suma, una solución parecida a la de la STC 247/2007 que ahora analizaremos, si no en la forma de plantear la cuestión –la Corte se limita a declarar la inadmisibilidad, sin entrar en el fondo–, sí en el resultado final al que se llega, con la diferencia de que nuestro TC no ha dado el paso de negar valor jurídico a ningún aspecto incluido en un Estatuto; así, en España los derechos estatutarios son convertidos en mandatos o principios; en Italia, en simple literatura. A la vista está que éste no es precisamente un modelo a tener en cuenta.

f) La tesis de la STC 247/2007: los derechos sustantivos ex novo que proclaman los Estatutos no son derechos, sino mandatos a los poderes públicos autonómicos.

En un epígrafe anterior ya quedó bosquejada la tesis central de la Sentencia 247/2007; toca ahora examinarla con el detalle debido. La idea fundamental es la siguiente: el Estatuto de Autonomía es fuente legítima e idónea para establecer verdaderos derechos públicos subjetivos, de eficacia inmediata, pero esto sólo en lo que atañe a “*la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias*” (art. 147.2.c), no así en lo que se relaciona con las competencias asumidas (art. 147.2.d) en cuyo caso los enunciados estatutarios, cualquiera que sea la fórmula con la que se expresen, nunca tendrán la

¹⁵⁷ “Estado Regional y Derechos en Italia” en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, cit. pág. 33. Sobre dicha cláusula véase también OLIVETTI, Marco “La Reforma del sistema autonómico italiano” en *El Estado Autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, cit. págs. 47 y ss. Asimismo, ORTEGA SANTIAGO, C., “Los nuevos Estatutos de Autonomía de las Regiones italianas” en *REDC* núm. 78, 2006, págs. 43 y ss.

naturaleza de un derecho subjetivo y siempre la de directrices, mandatos o principios rectores.

Así lo afirma la prolija Sentencia en un, sin embargo, breve pasaje de su Fto. Jur. 15, sin duda el más trascendental de toda ella:

“Nada impide que el Estatuto de Autonomía [...] al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la *veste* de que se revistan...

Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 147.2.d) CE los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos tales prescripciones estatutarias, han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que aunque les vinculen sólo pueden tener la eficacia señalada”.

En primer lugar resulta chocante que la Sentencia proclame repetidamente su aperturismo a la inserción en los Estatutos de declaraciones de principios, derechos, etc. cuando de manera paralela ella misma desautoriza la inclusión precisamente del grueso de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Así, a partir de este peculiar planteamiento muchas de las argumentaciones siguientes de la Sentencia pierden peso e incluso se tornan huecas.

Por otra parte, es igualmente llamativa la confusión en que incurre en cuanto a los conceptos “criterios o directrices”, por una parte, y “enunciados o declaraciones de derechos” por otra; y asimismo es oscuro el concepto “mandatos al legislador”. En el primer párrafo afirma que las dos primeras categorías son “mandatos al legislador”, es decir, figuras equivalentes. Sin embargo, el segundo párrafo habla de “directrices, objetivos o mandatos” con lo cual parece hablar de figuras distintas; por añadidura la deficiente redacción del último inciso deja la grave duda de si la frase “tales prescripciones estatutarias” (que han de considerarse como “mandatos a los poderes públicos autonómicos”) se refiere a las “directrices y objetivos” o a “los derechos subjetivos en

sentido estricto”. En fin, no queda claro algo tan fundamental como si por “mandato al legislador” hay que entender cualquiera de esos contenidos o sólo los proclamados como derechos subjetivos, lo cual plantea la gran duda de si la Sentencia utiliza el “mandato al legislador” en un sentido lato y “blando” equivalente a la figura del principio rector o si lo emplea en su acepción “dura”, o sea, como orden imperativa dirigida precisamente al legislador para que este materialice lo exactamente previsto por la *lex superior*.

En segundo lugar, ocioso es decir que la Sentencia no toma partido por ninguna de las dos tesis que enfrentan a la doctrina, o sea, la admisibilidad o no de que los Estatutos proclamen derechos, pues lo que hace es tomar una tercera vía que en verdad no satisface ni a los detractores de los derechos estatutarios (ya que el ideario de la Sentencia se opone a esa tesitura) ni menos aún a los partidarios de la presencia en los Estatutos de derechos subjetivos auténticos, pues la Sentencia, a pesar de su aparente alineación con esta postura doctrinal, supone a la postre un fiasco para ella. Es evidente que el esfuerzo que este sector de la doctrina ha desplegado en defensa de la inclusión de las tablas de derechos en los Estatutos no tenía por objeto ese grupúsculo de derechos de corte institucional, –*ex art. 147.2.c*– las más de las veces incluso preterido por esa doctrina.

Volviendo a la solución postulada por la Sentencia pueden distinguirse en ella las dos posiciones siguientes:

a) En el ámbito del artículo 147.2.d) CE, los Estatutos no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos¹⁵⁸. La Sentencia no motiva, como era necesario, un pronunciamiento de tal calado, aunque los motivos de ello no pasen desapercibidos. Es significativo que tras dicha declaración la Sentencia añada a renglón seguido que “*De este modo [sic] las referidas prescripciones de los Estatutos [o sea, los derechos] no quebrantan el artículo 139.1 CE*”, lo que equivale a decir que de otro modo sí podrían quebrantarlo; o dicho de otra forma, que para salvar la

¹⁵⁸ Así, una vez detectado por la Sentencia que el artículo 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana es un derecho nuevo derivado de las competencias autonómicas sobre aguas y no la repetición de un derecho fundamental de la Constitución, queda privado de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el artículo 53.1 CE, y de la nota de la aplicabilidad directa; de tal forma que dicho precepto estatutario “aunque formalizado en su dicción como derecho se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos”. Fto. Jur. 18.

posible inconstitucionalidad del precepto estatutario que consagra un derecho (por atentar contra el principio de igualdad) es necesario convertir tal *derecho*, en un *principio rector* o mandato al legislador, es decir, en una norma desactivada, no capaz de colisionar con el ordenamiento en vigor ni, por tanto, de invadir con rango estatutario posibles competencias estatales. En esta línea se sitúa el expresivo voto particular de uno de los magistrados disidentes¹⁵⁹.

b) El derecho subjetivo nace cuando se completa su régimen jurídico y es por ello justiciable. Así lo sostiene la Sentencia: los derechos enunciados por el Estatuto “*necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos*”. (Fto. Jur. 15). En fin, por si quedara alguna duda, el mismo Fto. Jur. queda cerrado con un pasaje de igual corte aseverativo, que resume la posición de la mayoría de la Sala:

“En conclusión, los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya”.

¹⁵⁹ En efecto, el magistrado Sr. MARTÍN DE HIJAS califica esa transformación de las declaraciones de derechos en meros objetivos, directrices u orientaciones como un “ardid dialéctico” (aptdo. 3 del voto particular) para salvar la constitucionalidad del precepto, lo que considera rechazable. Afirma –aptdo. 4– que “el juicio de constitucionalidad de una declaración de derechos en los Estatutos de Autonomía no puede solventarse con independencia de la *veste* de que se revistan pues serán la estructura normativa del precepto estatutario y el concepto en que se inserta el factor jurídicamente relevante para decidir si una declaración de derechos en un Estatuto de Autonomía supone en sí el establecimiento de los derechos de que se trate [...] Me resulta un puro artificio dialéctico –añade el magistrado– prescindir de la estructura normativa del precepto si con ello se le hace decir lo que no dice [...] Si el texto estatutario es tal que no puede negarse que en él se esté estableciendo un derecho, aunque su justiciabilidad pueda ser quizás imprecisa, no puede negarse apriorísticamente que pueda existir [...]. Me resulta intelectualmente inaceptable el dar por sentado que el legislador ha dicho otra cosa distinta...”. En el mismo sentido hay que registrar la crítica de FERNÁNDEZ FARRERES, G., a quien esta conversión de los derechos en principios le parece “manifiestamente injustificada y por tanto arbitraria”. *¿Hacia una nueva doctrina constitucional...*, cit., pág. 120.

De estas declaraciones, tan breves como trascendentes, se infieren las siguientes tres conclusiones:

– Primera, la Sentencia viene a elevar a dogma la afirmación de que es imprescindible la *interpositio legislatoris* para la creación de un derecho, no obstante lo cual excluye de esta inexorable regla los derechos estatutarios relacionados con las instituciones autonómicas *ex art. 147.2 c) CE*. Ni que decir tiene que tal aseveración es discutible en grado sumo.

– La segunda conclusión, derivada de la anterior, es que para la Sala el nacimiento de un derecho subjetivo sólo se produce cuando el legislador ordinario haya completado o concretado su régimen jurídico (“pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos”). O sea, según la tesis de la Sentencia, para la configuración de un derecho es imprescindible la intermediación de la legislación ordinaria (pues el Estatuto no se basta *por sí solo* para hacerlo) y que esa legislación –habrá que entender incluidas, lógicamente, tanto leyes como disposiciones reglamentarias– haya dado término al proceso de definición que conlleva todo derecho. Se trata, a nuestro juicio, de una afirmación rotunda en extremo que resuelve de plano una cuestión compleja en la que hay que barajar no pocas precisiones e incluso tesis absolutamente contrarias, tal como la defendida en el sustancioso voto particular de uno de los magistrados discrepantes¹⁶⁰.

– Conectado a lo anterior, el tercer posicionamiento de la Sentencia versa sobre otra cuestión sumamente delicada y controvertida que la Sentencia resuelve por la vía más rápida, sin reflexión alguna: el verdadero derecho sólo es tal si es justiciable¹⁶¹; y sólo es accionable ante los órganos judiciales, co-

¹⁶⁰ En efecto, se opone radicalmente a lo que postula la Sentencia el parecer del magistrado don Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, quien afirma que: “el derecho de que se trate *se tiene* por su consagración genérica en la norma estatutaria, sin que su existencia dependa ya de la ulterior norma de desarrollo, y ello independientemente de la eventual indefinición del contenido y de las dificultades que puedan derivarse de esa indefinición en el momento de su justiciabilidad. El derecho existe por su consagración legal”. Lo contrario –abunda el voto particular– supondría convertir en condición de existencia del derecho la regulación infraordenada, cuando es la regulación infraordenada la que debe estar condicionada por la proclamación del derecho. Critica la Sentencia sobre este punto, GARRORENA MORALES, A., *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos...*, cit. pág. 77.

¹⁶¹ En el voto particular del magistrado Sr. CONDE MARTÍN DE HIJAS, el razonamiento es muy distinto: “No cabe invertir los términos del problema, anteponiendo el elemento de la justi-

mo queda dicho, cuando el legislador concreta su régimen jurídico. La Sentencia cierra así el círculo, encadenando rígidamente las tres conclusiones expresadas en una ecuación trimembre: derecho público subjetivo = complitud de su regulación = accionabilidad ante los Tribunales.

Es lógico preguntarse sobre cuáles hayan sido los objetivos pretendidos con esta solución tan extraña como inmotivada. Aunque la STC 247/2007 no los explicita, es evidente que con la degradación de los derechos que la Sentencia postula se producen los efectos siguientes: a) queda desactivada la eficacia directa de los preceptos lo que facilita el propósito de no declararlos inconstitucionales; b) se evita la confrontación de la Ley orgánica aprobatoria del Estatuto con las propias competencias del Estado; c) queda enervado el argumento de las posibles desigualdades interterritoriales (art. 139.1. CE) y la creación de privilegios (art. 138.2 CE) y con ello la acusación al Estado de generar estas diferencias; d) queda desactivado en gran medida el argumento de la petrificación que producen los derechos cuando se insertan en los Estatutos; e) especialmente, priva de valor directo a todo enunciado referido a derechos fundamentales –salvo las meras repeticiones– eliminando así todo riesgo de dar respaldo a algún precepto indebido en este campo.

Ahora bien, la consecución de tales objetivos comporta un elevado coste que no cabe silenciar: ante todo, se dobllega la voluntad de la Ley, al hacerle decir lo que ésta no ha querido decir, ni dice. Pero además hay que resaltar la producción de otros “daños colaterales”: a) quedan privados de eficacia directa derechos perfectos que no necesitarían de norma complementaria alguna; b) se tornan inexigibles directamente innumerables derechos sociales que no suponen coste económico alguno; c) multitud de sujetos privados quedan liberados de sus obligaciones para con titulares de derechos sociales precisamente sustentados por terceros y no por la Administración.

Volveremos sobre los pronunciamientos de la Sentencia 247/2007 más adelante, al tratar del valor de los derechos sustantivos proclamados en los Estatutos.

ciabilidad del derecho para admitir, o negar, la existencia de éste. La realidad es la contraria: Si el derecho existe (y eso le corresponde decirlo al legislador y no a este Tribunal, es justiciable, cualquiera que pueda ser el problematismo de esa justiciabilidad”.

VI. LA EFICACIA DE LOS ENUNCIADOS ESTATUTARIOS

Evidentemente hay que estar y pasar por lo que ha resuelto la STC 247/2007 de 12 de diciembre, y concretamente por lo que declara sobre el valor jurídico de los derechos que los Estatutos proclaman. Su tesis es clara al respecto y, por tanto, es *causa finita*. Pero, sentado esto, no queda cegado el camino a la reflexión y la crítica, lo que resulta propiciado por la Sentencia al no haber motivado con un mínimo esmero la razón de una tesis tan drástica como la de afirmar que sólo son verdaderos derechos subjetivos los enunciados estatutarios que reproducen derechos fundamentales y los derechos relacionados con las “instituciones autonómicas propias” (art. 147.2.d) CE. Por ello, vale la pena replantear tales extremos; lo que hacemos seguidamente.

1. Los enunciados estatutarios puramente retóricos

En los Estatutos originarios, carentes de las tablas de derechos y principios que ofrecen los recientemente aprobados o en curso, no faltan declaraciones, pronunciamientos o proclamas de diverso tipo y alcance, difíciles de catalogar e incluso de calificar como normas jurídicas en algunos casos¹⁶². Todo ese material ha venido siendo tratado de un modo uniforme, englobado en una suerte de categoría común, la de las “*normas programáticas*”, sobre la que ha caído el peso de todos los prejuicios y recelos acumulados en torno a la validez jurídica de estas normas, siendo patente la influencia que en esto ha tenido el tratamiento dado en Italia a este tipo de proclamaciones¹⁶³.

¹⁶² Un inventario de ellos en SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., “Derechos y libertades...”, en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, cit. El ejemplo más significativo y comentado por la doctrina es el del artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981, que contenía una larga lista de “objetivos básicos” con evidente vocación de “principios rectores”, ello dentro del Título Preliminar “Disposiciones Generales”.

¹⁶³ Es muy ilustrativo el relato de la lucha de CALAMANDREI, desde su alta responsabilidad en la Asamblea constituyente, contra las falsas normas que sólo expresan “promesas consoladoras, programas y deseos”, “leyes ficticias –como las del legislador fascista– trucadas, meramente figurativas, con las que se ingeniaba para presentar como verdadero lo que en realidad todos sabían que no lo era ni podría serlo”, PACE, A., “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989, pág. 54 y ss. BIGLIANO CAMPOS ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Costituzionale negando naturaleza jurídica a las disposiciones estatutarias referidas a los derechos de las personas y a los principios rectores, a los que sólo reconoce una función de naturaleza cultural e incluso política. “Los espejismos...” en *Derechos, deberes...*, cit., pág. 55.

Ese tratamiento de las “normas programáticas”, a veces incluso despectivo, no es riguroso por su simplismo, por unificar artificiosamente una realidad diversa y sobre todo porque la propia Constitución española y muy señaladamente los nuevos Estatutos de Autonomía obligan a discriminar y, por tanto, a no amalgamar cosas de naturaleza diferente.

En efecto, el legislador estatutario, en ese su afán de imitar a la Constitución, traslada a los Estatutos el esquema de la parte dogmática de aquélla, de lo cual resulta que sus contenidos se encuentran organizados, bien como derechos subjetivos, bien como principios rectores. Estas dos categorías absorben prácticamente el componente sustantivo de los nuevos Estatutos, amén de las lógicas declaraciones que se contienen en los preámbulos o títulos preliminares que suelen expresar los grandes valores y aspiraciones de la Comunidad de que se trate. Se quiere decir que prácticamente no queda margen para esas proclamas o declaraciones políticas a las que sí cabe negar *a priori* verdadero carácter jurídico. En suma, hay que distinguir entre el ámbito de las meras declaraciones de buenas intenciones o promesas indefinidas y el de las declaraciones propiamente jurídicas, como son las formuladas bajo la *veste* del derecho subjetivo o de un principio rector. Distinto es que algunos de estos últimos, por su deficiente configuración, puedan resultar poco operativos o incluso devenir ineficaces; pero éste es otro problema.

La doctrina se ha planteado, desde el prejuicio de la ajuricidad de las “normas programáticas”, si es o no oportuno que figuren en los Estatutos, aunque sean jurídicamente inútiles. En su favor se arguye su valor pedagógico, su papel como elemento de concienciación y estímulo de la solidaridad¹⁶⁴, en su contra, el peligro que conllevan de crear falsas expectativas y el consiguiente descrédito de las leyes¹⁶⁵. En nuestra opinión, para que esa polémica siga teniendo sentido hay que descontar de ella los principios rectores y, por supuesto, los derechos subjetivos, dejándola circunscrita a las puras proclama-

¹⁶⁴ Vid. consideraciones detalladas sobre el particular en SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., “Derechos y libertades públicas...” en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, cit., págs. 97 y ss. Asimismo, APARICIO WILHEMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos...” cit., pág. 10; BIGLINO CAMPOS, P., “Los espejismos...” en *Derechos, deberes y principios...*, pág. 55.

¹⁶⁵ PACE, A., “Derechos de libertad...” en *Revista de Estudios Políticos*, cit., pág. 59; BIGLINO CAMPOS, P., “Los espejismos...” en *Derechos, deberes y principios...*, cit., pág. 55. PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92.

ciones políticas, a las fórmulas “declamatorias” y demás textos no clasificables en las conocidas categorías formales; y sobre este conjunto, ya atípico y residual, parece correcto decir, que tales pronunciamientos añadidos sobran y que más que aclarar y aleccionar enturbian el esquema y perturban el entendimiento del valor de las Cartas de principios y derechos sociales¹⁶⁶.

2. El valor de los principios rectores estatutarios

Especial relieve ha recobrado el clásico tema de los principios rectores de la política social y económica, habida cuenta su importante presencia en los nuevos Estatutos de Autonomía. Basta decir que son unos doscientos en total los enunciados formulados como principios rectores que se recogen en los últimos Estatutos aprobados o en tramitación. En suma, un tema viejo vertido en odres nuevos.

Para la materia social, estos principios rectores tienen tal relevancia que la doctrina suele usar la sinonimia derechos sociales = principios rectores. Precisamente, esta especie de simbiosis conceptual ha conferido a los llamados derechos sociales una imagen débil, la misma que transmite el Cap. III en su comparación con el Cap. II del Título I de la Constitución. Pero esto, que es básicamente cierto, requiere algunas precisiones: a) no todos los derechos sociales de la Constitución están contenidos en el Capítulo III, sino que se encuentran diseminados en diferentes apartados de su

¹⁶⁶ El vigente Estatuto de Andalucía de 2007 dedica su Título I –30 artículos– al enunciado de “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”. Sin embargo, el estatuyente ha repetido la fórmula del Estatuto de 1981 dedicando, dentro del Título Preliminar, un extensísimo artículo 10 que relaciona los “objetivos básicos de la Comunidad Autónoma” produciendo así una masiva reiteración de contenidos y lo que es peor, la generación de dudas en las partes no coincidentes; en suma, una inflación de carga dogmática no necesaria de la que acaso puedan derivarse más inconvenientes que ventajas. Lo que quizás fue oportuno en 1981 ya no lo ha sido en 2007.

¹⁶⁷ Al respecto, valga citar el derecho de huelga y el derecho a la educación (dentro de la sección 1ª del Cap. II) los derechos relacionados con el trabajo ex art. 35 (dentro de la sección 2ª del Cap. II). Obvio es decir que estos derechos sociales sí son verdaderos derechos y no meras garantías institucionales. *Vid.* PECES–BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1999, págs. 444 y ss.; PÉREZ LUÑO, A., *Los Derechos Fundamentales*, 5ª edic., Tecnos, Madrid, 1993, págs. 187 y ss.; VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos...*, cit., págs. 24 y ss.; COLMENERO GUERRA, J. A., “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales” en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2, 2006, págs. 288 y ss.

texto¹⁶⁷; b) no todo lo que contiene el Cap. III es materia social, pues también comprende algunas garantías institucionales sobre otras materias (p. ej., art. 52, organizaciones profesionales); c) los llamados “derechos sociales” del Cap. III son tan sólo –en el puro plano constitucional– principios rectores, no “derechos”, aunque esto sea discutido por la doctrina en relación con algunos de ellos, señaladamente el medio ambiente, el derecho de los menores a ser asistidos por sus padres o el derecho a una vivienda digna y adecuada¹⁶⁸.

Huelga decir que estos principios rectores no tienen la fuerza que es propia de los clásicos derechos constitucionales civiles y políticos, mas ello no permite subestimar su valor jurídico, debiendo por el contrario afirmarse del modo más resuelto que se trata de genuinas normas jurídicas –“mandatos de optimización¹⁶⁹”– cuya configuración jurídica define el artículo 53.3 del texto

¹⁶⁸ Por lo que se refiere al presunto “derecho” al medio ambiente dimanante del artículo 45 CE, la literatura es muy copiosa. Véase por todos JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J.M. Bosch editor, Barcelona 1995, pág. 455 y ss; y más recientemente, del propio autor, “Medio Ambiente y el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. Una visión preliminar” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 65, 2007, págs. 42–43. VELASCO CABALLERO, F., “El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?” en *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994. También está abordado el tema en LÓPEZ MENUDO, F., “El derecho a la protección del medio ambiente” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, Madrid, 1989, págs. 161 a 191 y en “Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado–Comunidades Autónomas” en *Protección administrativa del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, CEPJ, Madrid, 1995, págs. 9 y ss. En cuanto al derecho a la salud, es importante al respecto –aunque anterior a la Constitución– el libro de ESCRIBANO COLLADO, P., *El Derecho a la salud*, cit. págs. 37 y ss. Vid. GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, IEAL, Madrid, 1982, págs. 136 y ss.; COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, cit., págs. 252 y ss.

¹⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma” en *La Constitución española. Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García Enterría*, Civitas, 2ª edic, Madrid, 1981. RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho” en VV. AA.: *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979. Vid. asimismo PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad...”, cit., págs. 38 a 42; CARRILLO LÓPEZ, M., “La eficacia de los derechos sociales...”, cit., pág. 70; GARCÍA MORALES, A. F., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., págs. 127 a 130. Vid. asimismo COBREROS MENDAZONA, E., sobre el tratamiento de estas “normas programáticas” en la doctrina italiana, en “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado” en *RVAP* 19, 1987, págs. 27 y ss.

constitucional¹⁷⁰. Todo lo anterior se desprende de la Constitución de modo claro así como que tales principios van dirigidos a todos los poderes públicos y, por ende, a los legisladores autonómicos. De lo expuesto va de suyo que son *deberes* y no simples facultades, lo cual significa que la Constitución compele a seguir la dirección marcada, a realizar la obra bosquejada por el Cap. III, Tít. I en conjugación con el artículo 53.3 y el fondo principal resultante de los artículos 1.1º y 9.2 CE¹⁷¹.

Cualquier legislador podría convertir en genuinos derechos subjetivos todos y cada uno de los “derechos sociales” que se citan en ese Cap. III – en la medida en que ello sea técnicamente posible– con lo cual habría logrado ejecutar óptimamente ese *desiderátum* constitucional. Ahora bien, la Constitución no exige que se llegue necesariamente a esa meta, que ni siquiera menciona en relación con algunas de las materias contenidas en dicho Capítulo (formación profesional, promoción de la ciencia y la investigación, participación de la juventud, protección de consumidores y usuarios, etc.). Dicho de otra forma, aunque potencialmente todos los principios rectores pueden llegar a convertirse en derechos públicos subjetivos ello no es necesario para dar cumplimiento al postulado del Estado social ínsito en la Constitución. En el desarrollo de ese postulado existen otros hitos o grados, otras acciones capaces de sin-tonizar con la dirección querida por el texto constitucional¹⁷².

¹⁷⁰ Es obligado recordar que, a diferencia de los derechos fundamentales, los principios rectores no son de aplicación inmediata, ni están sujetos a reserva de ley y sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen; pero la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos han de estar informados del reconocimiento, el respeto y la protección de estos principios. No pueden dar lugar a ningún recurso de amparo, ni a ningún recurso ordinario, pero sí a la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

¹⁷¹ Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos” en *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982, pág. 32; BIGLINO CAMPOS, P., “Los espejismos...”, cit., pág. 47.

¹⁷² Distinto parecer sostiene FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., al afirmar que la Ley debe regular los principios rectores constitucionales “de modo que queden completos, con todos los elementos y todos los atributos propios de un derecho subjetivo perfecto e inmediatamente exigible [...] la Constitución no puede satisfacerse con cualquier Ley en este punto concreto [...]. La libertad de configuración del Legislador está aquí en el *quantum* (y por extensión en el *quomodo*), nunca en el *an*, ni en el *quando*, ni en el *quid*”. “Las garantías de los derechos sociales” en *Las estructuras del bienestar en Europa*, cit., págs. 464 y ss. Creemos que tal planteamiento sólo es sostenible respecto de algún sector en concreto y especialmente tutelado por la Constitución, tal como

En cuanto al alcance regulador del régimen de esos principios del Cap. III hay que hacer la distinción siguiente. En tanto la acción social de que se trate no haya alcanzado el punto de cristalización que representa su configuración como derecho subjetivo, regirán las reglas que la Constitución refiere a los principios rectores: informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; pero si la ejecución del principio rector llega eventualmente a su punto óptimo, es decir, a su consagración como derecho subjetivo, es evidente que su régimen será el que es propio de los *derechos* según el ordenamiento jurídico general (especiales garantías para su revocación, indemnizabilidad, accionabilidad ante los Tribunales...), lógicamente con las modulaciones que resulten de su normativa reguladora específica. Esta última observación es importante teniendo en cuenta que muchos de los principios rectores enunciados en el Cap. III, Tít. I de la CE han venido siendo convertidos en derechos por los legisladores autonómicos y han sido recogidos como tales en los Estatutos de autonomía de la última hornada. Ocioso es decir que en estos casos, bien numerosos, las notas jurídicas que en abstracto se predicán de los principios rectores quedan superadas o eclipsadas por esa vinculación más fuerte que supone la sujeción al régimen de los derechos subjetivos, abstracción hecha de si éstos se encuentran diseñados de una forma más o menos perfecta.

Por tanto, es posible hablar de un itinerario cuyo punto de partida radica en la nuda letra del Cap. III, Tít. I de la Constitución y su término en el hecho mismo de la creación de derechos subjetivos. En los puntos intermedios de ese trayecto hay un universo de acciones posibles: despliegue de medios personales, de recursos económicos y materiales, adopción de medidas jurídicas, imposición de deberes a terceros, creación de organizaciones, establecimiento de instalaciones, centros, etc. Los poderes públicos vienen obligados a insertarse en ese itinerario, aunque la Constitución no fije, por lo que se refiere al legislador, el *dónde* de esa incorporación ni el *cuándo*. Ciertamente, la Constitución no predetermina *qué* han de hacer los poderes públicos ni *cuánto* han de hacer para que pueda considerarse que cumplen esos principios, lo que obliga a reconocer que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad – salvo que se trate de mandatos constitucionales concretos– para

la Seguridad Social, precisamente resaltado por el citado profesor, pero que no es generalizable a cualquier otro principio rector como un imperativo, (entre otras cosas porque no todos los principios rectores son susceptibles técnicamente de ser transformados en derechos subjetivos), ello salvo que no se trate en realidad de principios rectores o directrices sino de auténticos *mandatos* precisamente dirigidos al legislador para que haga algo en concreto.

andar ese camino en función de las circunstancias políticas y económicas reinantes. Pero no es discrecional la decisión misma de seguir o no dicho diseño, y en esto se advierte la existencia de un cierto “contenido esencial¹⁷³” en los principios rectores, si bien se trate de un “núcleo” mucho más pequeño y menos “duro” que el de los derechos fundamentales propiamente dichos. Pero aun así no es desdeñable la fuerza que puede irradiar de ese “modesto” núcleo esencial del principio rector en orden a disciplinar problemas graves que pueden acaecer en un momento dado; así, su fuerza para reprimir la posible existencia de políticas contrarias a dichos postulados, la falta de implantación injustificada de medidas sociales elementales, la paralización o bloqueo caprichoso del proceso de mejora de las acciones y servicios y, desde luego, la eventual regresión de los niveles de atención social ya conseguidos sin justa causa que la explique y legitime. Todo esto que acaba de apuntarse plantea problemas dificultosos que exigen ser tratados meticulosamente. Pero de entrada debe quedar en primer plano la idea de que aunque el legislador está vinculado por los principios rectores goza de una discrecionalidad notable (aunque no absoluta) y por ello los jueces y tribunales han de actuar con especial prudencia para no incurrir en un “activismo judicial” impropio en este ámbito¹⁷⁴.

Expuesto lo anterior, la pregunta obligada es si los principios rectores que están enunciados precisamente en un Estatuto se encuentran, respecto de su Comunidad Autónoma concreta, en análoga posición a la que ocupa el Cap. III, Tít. I de la CE respecto de todos los poderes públicos del Estado. Pues bien, la respuesta exige distinguir entre los principios insertos en el Estatuto que sean pura reproducción de los constitucionales de dicho Cap. III y los principios de nuevo cuño surgidos del poder dispositivo del estatuyente autonómico.

En relación con los primeros, al tratarse de principios rectores constitucionales simplemente reproducidos, podría decirse que su fuerza de obligar

¹⁷³ Sobre estos extremos *vid.* PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, año 1995, pág. 50. Con especial énfasis en la interdicción de que los jueces puedan sustituir las omisiones del legislador o de la Administración en esta materia, RUIZ-RICO RUIZ, G., “Derechos sociales y Reforma de los Estatutos de Autonomía. El derecho a la vivienda en *Nuevas políticas públicas*. *Anuario...*cit., pág. 82. SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente...”, cit. pág. 266.

¹⁷⁴ *Vid.* en este sentido CARRILLO LÓPEZ, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre Constitución y Ley” en *Jueces para la democracia*, núm. 36, 1999, pág. 68; SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente...” cit., págs. 268–269.

deriva de la Constitución misma y no del Estatuto. No obstante, hay que advertir que el mandato ínsito en el principio rector constitucional, flexible de suyo, se rigidiza al plasmarse en el Estatuto pues ya el legislador autonómico quedará más intensamente vinculado. Se quiere decir que la estatutorización de un principio rector constitucional añade, al menos *de facto*, un superior efecto congelador. Y más reticencias aún levantaría el supuesto, absolutamente frecuente, de que los principios rectores constitucionales sean calificados como derechos subjetivos no por la ley ordinaria sino por el Estatuto, que así añadiría a tales principios rectores una carga de rigidez de la que carecen en la propia Constitución y que presuntamente ésta habría querido descartar. Sin embargo, no parece que estas distorsiones sean patológicas, ya que, en definitiva, siguen en lo sustancial la línea querida por la Constitución, esto es, el impulso y la tutela para la materia social que ella misma –no cualquier otra instancia ni Ley– propugna.

Mayor problema presentan las materias distintas de las anteriores –sociales o no– que el Estatuto configura como principios rectores, si se parte del prejuicio de que los Estatutos no pueden congelar más de lo que les permite el artículo 147.2. CE. (desde una interpretación estricta de éste), ni siquiera en el nivel –moderado– de intensidad que es propio de los principios rectores¹⁷⁵.

Pero este argumento de la rigidez, dotado o no de razón, hay que desecharlo tras la aparición de la STC 247/2007, a resultas de la cual son precisamente los principios rectores los que condensan todo el contenido dogmático de los Estatutos, dado que los derechos que éstos enuncian no son, según la Sentencia, verdaderos derechos, sino otra cosa. Esta degradación universal de los derechos públicos subjetivos a la condición de principios rectores o de mandatos –la sentencia no afina sobre esta distinción, como ya hemos advertido–, realiza el protagonismo de estos últimos, que pasan así a ostentar un papel ya no secundario, sino central, dentro de los Estatutos.

¹⁷⁵ Tal es la postura que sostiene Díez-PICAZO, como más arriba quedó reseñado. *Vid.* nota 105. La misma opinión sostiene MUÑOZ MACHADO, al decir que las normas programáticas estatutarias no tienen el mismo valor que las normas programáticas de la Constitución, no son vinculantes, porque “la congelación de opciones políticas y organizativas sólo se produce en el texto constitucional, pero no es función propia del legislador ordinario que, en definitiva, es quien aprueba el Estatuto”, concluyendo que “no tiene cobertura constitucional esta pretensión de vincular al legislador regional futuro” (MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público...I*, 2ª edic., cit., pág. 382. No obstante, debe contrastarse lo dicho con la opinión del propio autor que ya quedó expuesta en la nota núm.116

Por tanto, los principios rectores estatutarios, todos ellos, tienen no sólo valor de normas jurídicas –quedan definitivamente relegadas las opiniones que los tachaban de pura retórica– sino que vinculan al legislador autonómico. Es evidente que una vez negada por la STC 247/2007 fuerza vinculante *inmediata* a los *derechos* estatutarios, haber negado también la fuerza vinculante *mediata* de los principios rectores hubiera supuesto el colapso, una especie de callejón sin salida para esas nutridas tablas de enunciados dogmáticos que figuran en los Estatutos de esta nueva época. Esta fuerza vinculante de los principios la reconoce expresamente la Sala a través de un pasaje que ya quedó citado más arriba¹⁷⁶, y no hace la Sentencia ninguna consideración acerca de la petrificación que pueden producir estos principios rectores sobre las opciones políticas futuras; pero esto no ha de extrañar si se tiene en cuenta que la Sentencia, respecto a los *derechos* –cuyo efecto petrificador es obviamente superior–, no maneja este argumento¹⁷⁷. En efecto, degrada los derechos de naturaleza sustantiva a la categoría de principios rectores no porque congelen el debate político sino porque aquéllos, según la Sentencia, no nacen en verdad por obra de los Estatutos sino en virtud de las leyes que los desarrollen.

Por consiguiente, la STC 247/2007 viene a respaldar la idea de que los principios rectores estatutarios se encuentran frente a la Comunidad Autónoma respectiva en similar posición que los principios rectores constitucionales frente a todos los poderes públicos. Si esto es así habrán quedado trasplantadas al plano autonómico las mismas cuestiones que históricamente han planteado las relaciones entre las normas programáticas –configuradas como principios rectores por la CE– y la actividad pública para el desarrollo de éstos, problemas que se resumen en los eventos siguientes: a) el legislador ordinario dicta leyes que no concuerdan con el sentido de algún principio rector; b) el legislador no impulsa lo mandado por los principios rectores; c) se dictan medidas regresivas respecto de los niveles de bienestar ya alcanzados. En torno a

¹⁷⁶ “Nada impide que el Estatuto de Autonomía en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la *veste* de que se revistan” (Fto. Jur. 14).

¹⁷⁷ Ello salvo la alusión, casi de pasada, que la STC 247/2007 hace en su Fto. Jur. 6, *in fine*, a la que más abajo haremos mención.

estos problemas se ha ido formando una dogmática que arranca de la época de Weimar. Debemos determinar si esa dogmática es referible a las tablas contenidas en los nuevos Estatutos, lo que haremos una vez expuestas las reflexiones del siguiente epígrafe.

3. El valor de los derechos sustantivos proclamados en los estatutos de autonomía

Es necesario tener muy presente las conclusiones de la STC 247/2007 que quedaron expuestas *supra*. Valga recordar aquí su punto fuerte: los pretendidos derechos subjetivos estatutarios no son realmente derechos, pues éstos nacen sólo cuando queda completado su régimen jurídico y son por ello justiciables; y esto es hacedero solamente por las normas que desarrollan los Estatutos, no por estos mismos.

La primera reserva que esta tesis suscita es que con ella queda eludida la voluntad del legislador estatuyente, convirtiendo lo que ha querido decir en otra cosa; grave operación, censurada en el voto particular de uno de los magistrados discrepantes¹⁷⁸. Con toda razón, éste viene a decir que si el derecho existe o no es algo que “le corresponde decirlo al legislador y no a este Tribunal”. Es evidente que el TC dicta en este caso una Sentencia de las denominadas “manipulativas” –PIZZORUSSO¹⁷⁹– mediante la cual desustancializa los derechos convirtiéndolos en principios rectores o mandatos al legislador; por tanto, no inmediatamente aplicables. Ya vimos cómo uno de los magistrados disidentes califica esta transformación como “un ardid dialéctico para salvar la constitucionalidad del precepto”. Y es que en verdad, la operación no deja de ser una variante de esa disociación entre validez y eficacia que la propia Sentencia formula en su Fto. Jur. 6, siguiendo la cual, como ha observado GARRORRENA, podrían mantenerse en un Estatuto normas inválidas por inconstitucionales siempre que no desplieguen eficacia, doctrina que dicho autor lle-

¹⁷⁸ Ver nota 159.

¹⁷⁹ “Las Sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano” en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 279 y ss. Queremos aquí referirnos al tipo de sentencias que, siguiendo a ZAGREBELSKY, define DÍAZ REVORIO, F. J., como aquellas que “proceden a la transformación del significado de la Ley, más que a su eliminación o su interpretación conforme a la Constitución”, *Las Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 134.

ga a calificar de extravagante¹⁸⁰. Pero el aspecto que importa resaltar ahora es el hecho mismo de la sustitución de la voluntad del legislador estatuyente operada por la Sentencia, suplantación ésta en la que también incurre la doctrina científica cuando en aplicación de algún apriorismo más o menos razonado, sostiene que los derechos que enuncian los Estatutos no son tales derechos, transformando así fácticamente lo que el legislador ha querido formular y ha formulado como un derecho, lo haya sido con mayor o menor acierto técnico¹⁸¹.

Estos planteamientos permiten apreciar cómo subyace en los derechos sociales ese su sino fatal de tender hacia la claudicación, algo que posiblemente no ocurriría o al menos no con esa facilidad si se tratara de derechos de otra naturaleza. En suma, aquellos parecen arrastrar el peso muerto de una tradición que ha venido afirmando su condición de mandatos dirigidos al legislador, insusceptibles por naturaleza de ser reclamados judicialmente¹⁸². Cree-

¹⁸⁰ *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos...* cit. págs. 87 y ss.

¹⁸¹ Un ejemplo de esta tendencia puede verse en BIGLINO CAMPOS, P., quien no duda en calificar como “espejismo” el Título I del Estatuto de Cataluña, aduciendo que “no contiene lo que el constitucionalismo contemporáneo entiende como una declaración de derechos”... “no estamos –dice– ante un texto completo y sistemático que defina en su totalidad el estatus de los ciudadanos ante el poder público y en la sociedad”. Además añade la autora que “*en la mayoría de las ocasiones*, ni tan siquiera estamos ante facultades que, en términos estrictos, puedan calificarse de derechos subjetivos. Los que se recogen son, *casi siempre* principios cuya eficacia jurídica depende de la legislación posterior...”, “Los espejismos...”, cit. págs. 49–50. A la vista del Estatuto no es fácil compartir la opinión de la profesora BIGLINO pues la afirmación más rotunda que cabe hacer sobre su Título I es que en éste –al igual que en otros Estatutos recientes– es absolutamente nítida la distinción entre derechos y principios rectores. Por otra parte, afirmar que los enunciados que proclaman derechos no son tales por el hecho de que remitan a otras normas la fijación de determinados requisitos, no es algo que pueda resolverse del modo apodíctico reseñado. MARTÍN REBOLLO, L., también parece mantener una opinión crítica frente a estos derechos estatutarios pero en un tono moderado: “Son, quizá, derechos, aunque su operatividad real dependerá de las leyes que los desarrollen, más allá de los cuales juegan el papel inspirador de los principios en sí mismos loables”, “Sobre los Estatutos de Autonomía y sus pretendidas reformas: algunos recordatorios y otras reflexiones” en *La Reforma de los Estatutos de Autonomía*, Junta de Castilla y León, cit. pág. 62. Como se ve, no llega a decir MARTÍN REBOLLO que el derecho nazca con las leyes de desarrollo, ni que el derecho estatutario sea en verdad un principio rector, que es lo que vino a afirmar luego la STC 247/2007, tesis ésta que no suscribimos.

¹⁸² *Vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., y la doctrina alemana que cita al respecto, “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007 de 12 de diciembre” en *Revista General de Derecho Constitucional*, 5, 2008, pág. 5.

mos que hay que desterrar este apriorismo, sin duda comprensible desde el punto de vista histórico pero injustificable en términos jurídicos. No hay derechos de peor condición que otros por naturaleza; menos aún, si cabe, si los derechos en cuestión cuadran con lo querido por la Constitución, como ocurre con los derechos de corte social. Por ello, a la vista de los enunciados estatutarios (sean derechos o principios rectores), no puede marginarse en absoluto la *voluntas legis*; y hay que decir que esta voluntad es clarísima en la inmensa mayoría por no decir la totalidad de los derechos proclamados como tales en los Estatutos de la reforma reciente.

Por tanto, si la ley – en este caso el Estatuto– formula un enunciado como derecho subjetivo procederá analizar su estructura, su suficiencia o no para desplegar eficacia por sí mismo, determinar qué elementos puedan faltarle, en su caso, para que sea posible su puesta en práctica (fijación de requisitos subjetivos u objetivos, determinación de cuantías, definición de la competencia o regulación del procedimiento, etc.); en fin, valorar todo lo que constituye el contexto de cualquier derecho. En el Derecho público, el derecho subjetivo se construye con frecuencia, como bien se sabe, por un grupo normativo no encerrado en una sola disposición y creado todo a un tiempo, sino fragmentado y disperso en la trama del ordenamiento, hecho a retazos y en momentos temporales distintos¹⁸³. Por tanto, no estamos ante una situación rara ni novedosa. En el peor de los casos, tras esa valoración pudiera llegarse a la conclusión de que un derecho estatutario concreto adolece de *ineficacia a radeice*, por no ser posible delimitar o aprehender su objeto mismo en términos jurídicamente operativos o porque el propio sistema jurídico carezca de resortes para dar respuesta eficaz a un eventual ataque al derecho de que se trate. Ciertamente, hay que admitir que pueda existir algún derecho rayano en la utopía y que se intuya como irrealizable incluso poniendo a su servicio las vías judiciales existentes. Pero esto no permite descalificar globalmente la categoría del derecho público estatutario de carácter social.

En suma, no es correcto convertir por vía interpretativa el derecho subjetivo en un principio rector o en mandato al legislador, es decir, en algo que

¹⁸³ Vid. VILLAR PALASÍ, J. L., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Introducción, Teoría de las normas y grupos normativos*, Universidad Complutense, Madrid, 1972, pág. 161 y ss. Asimismo, muy expresivamente, MEILÁN GIL, J. L., “La distinción entre norma y acto administrativo”, *RAP*, 1967, pág. 45 y ss.

¹⁸⁴ Obvio es decir que esa opción de la Ley ha de ser respetada. Como señala CALAMANDREI el legislador tiene la opción de consagrar derechos subjetivos del individuo o utilizar fórmulas menos comprometedoras en las cuales se hable de poderes o de deberes genéricos del Estado, que

ha sido descartado conscientemente por la propia ley¹⁸⁴. Siendo esto así hay que aceptar que la consagración de un derecho público subjetivo es un acto por el cual el legislador formula un compromiso sito en un nivel cualitativamente superior al que corresponde a un principio rector, directriz o mandato, pretendiendo con ello que el individuo adquiera *desde ya* una situación jurídica defendible judicialmente, y no simplemente que la acción legislativa se encamine en la dirección tuitiva de las necesidades sociales. La diferencia entre ambas opciones es notoria lo que obliga a rechazar toda operación transformadora de la opción querida por el legislador en la no deseada por éste. Es más, incluso en el supuesto de derechos subjetivos que por su mala configuración carecieran de toda operatividad como tales, sería rechazable la atribución de las cualidades inherentes a los principios rectores, a pretexto de dotarlos de alguna efectividad, sencillamente porque no es ésta la vocación con la que fueron alumbrados por la ley; serían, pues, derechos subjetivos fallidos o inoperantes, no principios rectores o recomendaciones¹⁸⁵. En suma, parece que el punto de partida más correcto es estar en primer término a lo que la ley diga. Si esta ley proclama un derecho de carácter social, será un derecho público subjetivo, a secas, como cualquier otro. Debe descartarse el prejuicio de que, por ser sociales, estos derechos tengan algún estigma congénito que los haga especialmente vulnerables, aunque no cabe ignorar cómo pesa aquí la tradición en el sentido de considerarlos como derechos estructuralmente diferentes, señaladamente porque son costosos y además vagos e indeterminados¹⁸⁶.

El estigma aludido tiene mucho que ver con la máxima de FORSTHOFF: “ningún término es más ambiguo ni más susceptible de abusos que el término social”¹⁸⁷. Las causas de esta debilidad pueden resumirse en dos, aunque exis-

pueden tener relevancia respecto a la colectividad, pero sobre las cuales no puedan fundarse pretensiones individuales jurídicamente tuteladas. Cit. por PACE, A., “Derechos de libertad y derechos sociales...” cit., pág. 56. Del mismo modo, GIANNINI, M. S., en relación con las prestaciones públicas admite que las normas pueden configurar las situaciones subjetivas de los particulares bien como intereses legítimos o bien como derechos subjetivos. *Diritto Administrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 526.

¹⁸⁵ Ello, sin perjuicio del valor interpretativo que pudieran seguir teniendo, para esclarecer cualquier situación; valor que le vendría no por ser un principio rector, sino porque esto es lo propio de cualquier norma relevante del ordenamiento jurídico, como son las que establecen derechos.

¹⁸⁶ Sobre estos extremos, *vid.* la exposición de PISARELLO, G. en *Los derechos sociales y sus garantías*, cit. págs. 59 y ss.

¹⁸⁷ ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOHERING, K., *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986, pág. 65.

tan más¹⁸⁸: la razón económica, factor ciertamente poderoso que desde siempre ha teñido de precariedad el campo de la acción social; y la dicción misma de los preceptos que contienen estas declaraciones, en los que se ha querido ver más la retórica que la estructura de las verdaderas normas. Estas dos “razones” han sido demoledoras para la imagen y firmeza de la acción social. Consideremos seguidamente la parte jurídica de la cuestión.

Una influencia muy negativa acerca de la “seriedad” de las formulaciones de derechos sociales –aparte de la tradición de la doctrina italiana ya mencionada– ha tenido la opinión de FORSTHOFF al marcar diferencias entre los derechos de libertad (que admitirían las formulaciones legales abstractas y generales) y las garantías jurídicas sociales que carecen de un contenido constante. Los derechos sociales, dice FORSTHOFF, “no se pueden captar en una norma abstracta, susceptible de aplicación¹⁸⁹”. Pero ya el propio autor deja constancia de la polémica habida en torno al artículo 131 de la Constitución de Weimar en el que *se reconoce a éste el carácter de norma inmediatamente aplicable*, no obstante la reserva que el mismo artículo hace en previsión de una ulterior regulación por ley¹⁹⁰.

No se puede dar por buena la tesis según la cual la imposibilidad de la aplicación inmediata de los derechos sociales venga dada por su propia inde-

¹⁸⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. señalan las siguientes: a) problemas de determinación de la conducta debida por parte de los poderes públicos; b) la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas; c) la ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de estos derechos; d) la escasa tradición del control judicial en la materia. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pág. 93.

¹⁸⁹ ABENDROTH, W.; FORSTHOFF; E. y DOHERING, K., “Concepto y esencia del Estado...”, cit., pág. 88. El autor se refiere también a la impotencia en general de la Constitución puesto que no es tarea suya la regulación de las distintas materias “ni puede serlo puesto que debe imponerse una brevedad lapidaria. Por esta razón no siempre consigue el grado de concreción suficiente que haga posible la inmediata aplicación de sus normas”.

¹⁹⁰ *Ibidem* y nota 17. El propio FORSTHOFF reconoce que la evolución del Estado Social de Derecho “conduce a que las ‘garantías’ sociales no queden relegadas en la región vaporosa de una promesa meramente programática de la que tomaría nota el legislador que es el primer obligado, sino a reconocerle una vinculación jurídica directa”, *idem*, pág. 89. Por su parte NIETO GARCÍA, A. hace referencia a la discusión de la literatura alemana “como resultado de la constatación de que algunos artículos de la Constitución de Weimar tenían un carácter inequívocamente programático y, por tanto, no eran directamente aplicables, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *RAP* 100–102, 1983, pág. 377.

terminación, ya que la estructura lingüística de estas declaraciones no es muy diferente de la de otras normas constitucionales. Además, como advierte PRIETO SANCHÍS, no es cierto que todos los derechos prestacionales aparezcan con la misma estructura gramatical¹⁹¹. Ciertamente, como afirmara en su día el profesor GARRIDO FALLA, para que una declaración tenga carácter jurídico y no sea mera retórica debe tener “estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, mandato, prohibición”¹⁹²; es decir, no es válida cualquier fórmula. Pero esto debe ser común a cualquier proposición jurídica, de modo que no cabe, a nuestro juicio, añadir más exigencias por tratarse de derechos sociales, aun sin dejar de reconocer que los derechos de abstención precisen por lo general de menos exigencias que los derechos de prestación para su perfecta configuración y plena exigibilidad.

Los derechos en general, si vienen formulados en un texto constitucional, un Estatuto, una Carta o cualquier otra Declaración solemne, es lógico que presenten la concisión y el estilo que son propios de estos instrumentos, sin que por ello queden abocados a su desnaturalización como tales derechos¹⁹³. Tratándose de leyes ordinarias que establecen derechos, sí cabe exigir una mayor concreción de los elementos que conforman el derecho subjetivo porque en el seno de una ley es hacedera la regulación cumplida de todos los requisitos que han de concurrir, o al menos de sus piezas fundamentales. Pero llevar esta misma exigencia al plano de las normas superiores va contra la realidad y la naturaleza de las cosas. Es obligado aceptar esta realidad, pues de no ser así la alternativa no sería otra que la de afirmar que ninguna norma superior podría crear derechos y que sólo pueden hacerlo las secundarias, lo cual es una conclusión quimérica. Esta reflexión hace que sea difícil compartir la tesis central de la STC 247/2007.

¹⁹¹ PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad...”, cit., pág. 39. La afirmación del texto es de CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988, pág. 70. Asimismo, COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, cit.

¹⁹² GARRIDO FALLA, F. “Comentario al artículo 53” en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 50.

¹⁹³ Lo afirmado en el texto puede ser compatible, a nuestro juicio, con el reconocimiento de que en muchos de estos casos estemos ante “proposiciones jurídicas incompletas”, en los términos de LARENZ K., (traídas a colación por Alejandro NIETO, “Peculiaridades jurídicas...”, cit. pág. 389) porque esa incompletion no merma el valor jurídico de la norma ni, a nuestro parecer, enerva necesariamente la validez inmediata de lo que la norma declara.

Refiriéndose al plano de la ley ordinaria TORNOS MAS señala los requisitos que deben ser regulados para la conformación de un derecho subjetivo, precisamente en materia social. Como quiera que éste consiste en la atribución a su titular de una acción frente al sujeto obligado a su prestación, ello requiere determinar: a) qué sujetos son los titulares del derecho; b) qué sujetos son los obligados a realizar la prestación; c) qué condiciones se requieren para que se reconozca el derecho; d) a qué prestaciones en concreto se tiene derecho; e) mecanismos eficaces para hacer efectivo el contenido del derecho¹⁹⁴.

Es lógico que este atinado cuadro de requisitos pueda ser cubierto enteramente por una ley determinada, pero no sería sensato pretender que todo este cúmulo de precisiones tuviera que venir contemplado en una norma estatutaria como condición necesaria para tener el derecho por establecido. Además, hay que observar que, pese al aparente laconismo de las formulaciones constitucionales o estatutarias, éstas suelen cubrir el contenido esencial; y hay que tener en cuenta que en dichas declaraciones existen elementos *implícitos* por cuanto pertenecen al ordenamiento jurídico general, de tal forma que estos elementos constituyen contenido *natural* del derecho proclamado de que se trate¹⁹⁵. Por lo general quedará por determinar qué *condiciones* se re-

¹⁹⁴ “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales” en *Documentación Administrativa*, 271–272, 2005, págs. 380 y ss. MUÑOZ MACHADO señala las circunstancias que difuminan o afianzan el hecho de la exigibilidad de lo establecido por una ley y apunta como dato negativo el abuso de la técnica de remitirse a leyes y decretos posteriores, “La crisis del Estado del bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos”, en *La integración social de los minusválidos: balance después de diez años de vigencia de la Ley*, (dir. Muñoz Machado), 1993, pág. 20; observación sin duda acertada en el plano de la legislación ordinaria.

¹⁹⁵ Así, la determinación de los *sujetos titulares* del derecho viene establecida por la norma estatutaria (“Todos tienen derecho”, “Los valencianos tienen derecho”, “se reconoce el derecho de los minusválidos...”, etc.); asimismo, la norma describe la *prestación* de que se trata con mayor o menor precisión, según la naturaleza de la cosa; y puede considerarse como *contenido implícito o natural* la determinación del *sujeto obligado* (dentro del aparato administrativo será el órgano competente) e incluso el *procedimiento a seguir* (el que esté establecido *ad hoc* o el cauce procedimental común). Estos elementos implícitos juegan un papel análogo al que Herman HELLER atribuye a los “elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos” para completar los preceptos constitucionales del contexto principal que les rodea, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 7ª reimp. 1974, pág. 274; reed. por Edit. Comares, Granada, 2004, pág. 292. Muy expresivamente Alejandro NIETO resalta este dato de la inculplitud constitucional “cuos preceptos actúan como perchas en las que hay que encajar luego el contenido material propiamente dicho y que les viene de fuera”, “Peculiaridades jurídicas...”, cit. pág. 390; idea sin duda brillante y certera, pero no generalizable a cualquier precepto que establezca derechos e incluso principios, pues tanto unos como otros pueden alcanzar a decir perfectamente lo que quieren.

quieran para el reconocimiento del derecho, si es que se requieren algunas; y esto, por la propia lógica del sistema normativo, será objeto de remisión a la ley. Por tanto, a este requisito hay que entender principalmente referida la cláusula de estilo “en los términos que establezca la ley”, u otra semejante, que a veces acompaña a la formulación de un derecho estatutario.

El examen de los Estatutos permite extraer conclusiones muy sólidas sobre esta importante cuestión. En términos generales puede decirse que aunque se den en algún caso imperfecciones técnicas en la configuración de los derechos, en la gran mayoría de los supuestos no dejan dudas de que efectivamente establecen derechos subjetivos operativos *ab initio*; y siendo esto así, es claro que esta realidad choca frontalmente con la tesis central de la STC 247/2007 según la cual todo derecho subjetivo proclamado en un Estatuto sólo puede ser un derecho en virtud de las normas que los desarrollen, sentando así el axioma de que todos los enunciados estatutarios necesitan desarrollo, lo cual es imposible de compartir. La Sentencia tendría que haber dicho que muchos de esos enunciados, o la mayoría si se quiere, necesitan desarrollo, pero no todos sin excepción, planteamiento éste que ni siquiera tiene el respaldo de una justificación técnica puesto que la Sentencia en cuestión excluye de esta regla absoluta los derechos subjetivos de corte institucional *ex art.* 147.2.c) y, por supuesto, quedan excluidos los derechos fundamentales del Cap. II en el sentido de que, aunque precisen de la *interpositio legislatoris*, ello no les priva de aplicabilidad directa, todo lo cual hace aún más inasumible la tesis de la Sentencia.

Ésta introduce otros apriorismos, tal como que el derecho sólo surge cuando es exigible judicialmente; de este modo, abraza –conscientemente o no– la tesis kelseniana y excluye del concepto de derecho social otros atributos y facultades distintas de la accionabilidad ante los Tribunales que un gran sector de la doctrina ha venido tradicionalmente defendiendo con el fin de apuntalar al máximo posible la débil figura del “derecho social” tal como ha sido vista históricamente¹⁹⁶. Es claro que la opción de la Sentencia por el binomio “exigencia ante los órganos judiciales = regulación ultimada del derecho” sirve bien al propósito de enervar el valor y la eficacia inmediata de los derechos proclamados en los Estatutos, postergándolos en el tiempo y en el rango, pero se trata en realidad de un artificio.

¹⁹⁶ Sobre la necesidad de defender las “garantías primarias” de los derechos sociales –distintas de las garantías jurisdiccionales– es muy expresiva la exposición de SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente...”, cit. pág. 264 y ss.

Creemos que el planteamiento debe ser el inverso. Cuando una norma estatutaria define un determinado beneficio precisamente como un derecho esto es lo primero que debe lucir –su exigibilidad ante los Tribunales– y por tanto condicionar la ulterior tarea normativa y administrativa que en su caso deba concurrir. A partir de esta premisa pueden darse dos situaciones básicas: a) que la norma estatutaria, por sí misma, logre configurar el derecho con tal perfección o complitud que éste sea ya ejercible directamente por estar claramente definida la posición del sujeto y porque su pretensión queda introducida, *ope legis*, en su patrimonio jurídico; b) que sea imposible alcanzar ese grado de perfección solamente por obra de las normas –sea la originaria del Estatuto que proclama el derecho o los que se dicten para su desarrollo y complemento– de tal modo que sea preciso añadir a la actividad normativa una actividad administrativa de comprobación que en puridad será la que defina la posición del sujeto y, por tanto, la existencia misma y la extensión de su derecho. Éste será el supuesto más frecuente, lo que permite concluir que sólo en muy contados casos las normas de desarrollo son las que ponen fin al proceso de definición del derecho subjetivo, a diferencia de lo que sostiene de modo general la STC 247/2007.

En suma, además de los derechos que son ejercitables directamente desde la norma que los consagra, –que no son pocos– se produce en los restantes casos un proceso de definición del derecho subjetivo que puede ser más o menos complejo. La tesis que entendemos correcta es la exigibilidad como punto de partida, que podrá ser gradualmente más amplia y efectiva cuanto más ultimado se encuentre el proceso de definición del derecho subjetivo en cuestión¹⁹⁷. Esta exigibilidad como principio abre por tanto la garantía no sólo en los supuestos de derechos que se encuentren perfectamente definidos sino, como lúcidamente ha expuesto DE LA QUADRA–SALCEDO JANINI, en otras situaciones no perfectas, tales como aquellas en que el órgano judicial sólo pudiera garantizar el derecho con un contenido mínimo¹⁹⁸, o cuando por ser im-

¹⁹⁷ A semejanza –como oportunamente recuerda DE LA QUADRA– de lo que ocurre con los derechos fundamentales que requieren una *interpositio legislatoris* para ser plenamente eficaces, que no obsta a su exigibilidad directa siquiera en su contenido mínimo (STC. 15/1982 de 23 abril; 254/1993 de 20 julio y 31/1994 de 31 enero). “El régimen jurídico de los derechos sociales...”, cit. pág. 20.

¹⁹⁸ Ante el incumplimiento del legislador de su deber de hacer eficaz el derecho subjetivo proclamado por el Estatuto, la alternativa en este caso, dada la ausencia de regulación, no puede ser otra que la responsabilidad del legislador por omisión. Se trataría –como dice el propio autor– de trasplantar las razones aducidas por el TJCE en el asunto *Francovich* y ratificadas luego en *Brasserie du Pêcheur* y otras muchas, *idem*, pág. 26.

posible la exigencia de la prestación ni siquiera con un contenido mínimo, sí podría exigirse en su lugar una reparación económica¹⁹⁹. Con toda razón señala PISARELLO que la justiciabilidad de un derecho no es una cuestión de todo o nada. Es más bien un concepto graduable que varía según la circunstancia, admitiendo distintos tipos de intervenciones judiciales²⁰⁰.

En fin, entendemos que cuando una norma primaria proclama un derecho todo ha de ponerse en acción con urgencia para optimizar la operatividad de lo que ya ha sido creado. De no razonar así se llegaría a la chocante paradoja de que nunca podrían crear derechos subjetivos las normas principales, quedando deferida esta alta función a las normas secundarias, a las últimas órdenes ministeriales y disposiciones semejantes que son las que acaban perfilando la traza de todo derecho. En suma, la voluntad de la ley, pura y espontánea, quedaría al momento desplazada y sustituida por el decisionismo de la maquinaria gubernamental y administrativa, por sus programaciones, sus ritmos, sus criterios de oportunidad y conveniencia, etc.

Dicho lo anterior, examinemos la realidad que ofrecen los Estatutos. Como éstos no dejan de tener un lado oscuro que no cabe minimizar, vaya éste por delante. Así, algunos enunciados, aunque formulados como derechos, son prácticamente imposibles como tales derechos ya que su estructura resulta impropia para ello; en suma, se trata de falsos derechos o del uso impropio del término²⁰¹. Existen otros enunciados que más que conferir un poder frente a un obligado, como es lo propio del derecho subjetivo, hacen referencia al “de-

¹⁹⁹ En análogo sentido cabe citar el parecer de GOMES CANOTILHO, J. J., quien habla de un “derecho originario” que después encuentra dificultades para convertirse en derecho operativo, postura que no comparte COSSÍO DÍAZ quien, desde el prejuicio de que todo derecho enunciado en norma superior exige desarrollo, opina que la expresión “derecho” no genera un derecho sino la obligación de los poderes públicos de instrumentar los medios necesarios para darle cumplimiento, postura ésta que no compartimos. *Vid. Estado Social y Derechos de prestación*, cit., pág. 242.

²⁰⁰ *Los derechos sociales y sus garantías*, cit. pág. 89.

²⁰¹ Así, cuando el Estatuto de *Andalucía* proclama como derechos que “los planes educativos incorporarán los valores de la igualdad, diversidad cultural, multilingüismo” o “se complementará el sistema educativo con enseñanzas específicas propias de Andalucía”; o cuando el artículo 16 del Estatuto balear clasifica como “Derechos sociales” los que no son sino principios rectores en materia social: “protección y defensa de la creatividad, promoción de la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos”.

recho-aspiración”, tan típico en este ámbito social²⁰². También pueden citarse no pocos ejemplos de derechos con un objeto tan vago que no son susceptibles de constituir un verdadero derecho²⁰³. En otros casos, dicho enunciado resulta vano, o confuso, o utópico²⁰⁴.

Pero estas imperfecciones, nada extrañas en un contexto tan dispar y tan proclive a cuidar más el “mensaje” que la técnica formal, no pueden empañar la realidad que ofrecen los Estatutos. La gran mayoría de sus preceptos que enuncian derechos están formulados de forma solemne e inequívoca, casi ritual, como ya señalamos *supra*. Pero, además, ha de resaltarse que gran parte de esos derechos, por no decir la mayoría, para ser aplicados directamente no precisan de la intermediación de norma alguna, o a lo sumo de una mínima colaboración normativa sin entidad para entender deferido el derecho proclamado a ese requisito complementario. Ciertamente, no cabría negar la aplicabilidad directa y la posibilidad de exigir ante los Tribunales la represión de conductas o actos administrativos que atentasen a derechos tales como “vivir libre de malos tratos”, “acceder a los servicios públicos de salud”, “libertad de elección de médico y centro”, “presentar iniciativas legislativas”, “realizar el testamento vital”, “formular solicitudes y recursos”, “ser informado sobre el estado de salud”, “a recibir gratuitamente libros de texto”, “derecho a una segunda opinión médica”, “al uso de las lenguas oficiales”; y una lista intermi-

²⁰² Así, por ejemplo, el derecho “a gozar de una vida y un medio ambiente seguro” (art. 17 Estatuto Comunidad valenciana).

²⁰³ P. ej. “gozar de servicios públicos de calidad”, (Est. Comunidad Valenciana); “velar por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos”, “evitar transferencias de aguas”, “acceso a la cultura”, (Est. Aragón). Efectivamente, son difícilmente articulables como derechos, bien porque son mandatos operables sólo por los poderes públicos o porque recaen sobre un objeto difuso, no susceptible de ser soporte de una pretensión dirigida a los Tribunales.

²⁰⁴ P. ej. “queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías...” (art. 19.2 Est. Comunidad Valenciana) ¿Quién garantiza? ¿cómo queda garantizado?, cabe preguntarse. Entre los utópicos, p. ej., “derecho de los consumidores a la educación y formación suficiente en la materia”, “derecho a una acción voluntaria de calidad”. Como ejemplo de enunciados confusos, el contenido en el Estatuto balear: “Todas las personas tienen derecho a que los poderes públicos promuevan su integración cultural” (art. 18.2), una especie de sincretismo entre derecho y principio rector que el Estatuto de Andalucía también utiliza en su artículo 25: “Para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda”, del que claramente se deduce que ese “derecho” no es judicialmente exigible.

nable de enunciados análogos²⁰⁵ que permiten concluir que existen derechos no necesitados de una prolija descripción para que puedan ser efectivos, bien por sí solos o bien con el apoyo del ordenamiento establecido, operando éste como telón de fondo.

Son muy numerosos los supuestos en que junto a la formulación del derecho, el precepto estatutario remite a la ley con la fórmula de rigor (“con los requisitos que señalan las leyes”, “en los términos que las leyes determinen...” y fórmulas análogas). Son muy abundantes en el Estatuto catalán y también, aunque en menor número, en el andaluz. Por su parte, el de Castilla-La Mancha sigue método distinto: formula una cláusula general²⁰⁶, no *ad casum*, como los anteriores. Pero cualquiera que sea el método hay que estar a la particularidad que presente cada precepto, pues ni dicha cláusula general supone que todos los derechos estatutarios necesiten del complemento o desarrollo de una ley, ni todos los que carecen de esa previsión podrían ser aplicados sin más.

En todo caso importa destacar que esas remisiones a la ley responden a una *necesidad* real y concreta, dada la imposibilidad de que el precepto estatutario descienda a pormenorizar requisitos exigibles, a establecer cuantías o demás elementos necesarios para la definición y operatividad plena del derecho ya constituido. Pero no puede decirse que tales remisiones obedezcan a la voluntad del Estatuto de *abandonar* a favor de la ley la creación del derecho²⁰⁷ y ni siquiera la libertad para desarrollarlo cuando el legislador lo crea oportu-

²⁰⁵ Por ejemplo, el ramo de salud ofrece numerosos ejemplos de derechos de esta clase: a conocer la identidad del médico, a obtener la Carta de derechos y deberes que rigen los centros sanitarios, a una información inteligible, a estar acompañado de familiares en el momento de la muerte, etc., etc.,

²⁰⁶ Art. 6. “Los derechos de las personas reconocidos en el presente título se disfrutarán en los términos y condiciones de las normas que los desarrollen...”

²⁰⁷ No se trata por tanto de una situación de “quiescencia” de la norma principal, es decir, de espera o dependencia respecto de la secundaria, fenómeno con frecuencia deliberado, como atinadamente señala NIETO GARCÍA, A., “Peculiaridades jurídicas...” cit. pág. 393. ORTEGA ÁLVAREZ, L., comparte esta postura al decir que a pesar de las remisiones que los Estatutos hacen a la ley para el ejercicio de los derechos, no estamos ante una situación similar a las declaraciones de principios u objetivos de los poderes públicos, “Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos...”, cit. pág. 79.

no, como es propio de los principios rectores²⁰⁸. En suma, esas remisiones estatutarias a la ley hacen difícil sostener –aunque la STC 247/2007 lo sostiene– que la exigibilidad solamente surja cuando las normas de desarrollo establezcan esos complementos. Por el contrario, la tesis a defender es que los órganos productores de normas jurídicas se encuentran compelidos por el Estatuto a colaborar de manera inmediata para hacer plenamente eficaz el derecho ya establecido, so pena de incurrir en responsabilidad, salvo que el propio Estatuto disponga otra cosa para un período transitorio²⁰⁹.

La propia letra de algunos Estatutos avala esta línea interpretativa, contraria desde luego a la sostenida por la STC 247/2007. Así, desde la premisa de partida de que los derechos reconocidos en el Estatuto “vinculan a todos los poderes públicos”²¹⁰ y que los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos *reconocidos* en el Estatuto podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente²¹¹, es patente la distinción que se hace entre la *existencia* del derecho y la posibilidad de su *ejercicio*, trasunto de la distinción bien conocida entre validez y eficacia de los actos jurídicos²¹².

4. La vinculación entre las tablas estatutarias de principios y derechos y la legislación de desarrollo

Desde Weimar, toda la teórica acuñada sobre la vinculación entre las proclamaciones de derechos sociales y la normativa de desarrollo se ha hecho ma-

²⁰⁸ Es claro que no podemos compartir la opinión de FERRERES COMELLA según la cual cuando las normas estatutarias remiten a “las condiciones que la ley determine” son principios rectores aunque estén clasificadas como derechos”, “Derechos, deberes y principios...”, cit., pág. 33.

²⁰⁹ Sólo el Estatuto de Cataluña (Dispos. Trans. Primera 1) contiene una previsión sobre este particular, según la cual se establece un período máximo de dos años para la emisión de leyes relativas al Título I.

²¹⁰ Artículo 37.1 del Estatuto catalán y artículo 38 del Estatuto andaluz.

²¹¹ Artículo 39 del Estatuto Andaluz y artículo 21.4 del Estatuto de las Islas Baleares.

²¹² Así, el artículo 38 del Estatuto andaluz dispone que “El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos [los derechos] establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al *ejercicio* de estos derechos”; y el artículo 22.4: “Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del *ejercicio* de los derechos previstos en los apartados anteriores”. También el Estatuto de Aragón distingue entre los derechos y su ejercicio efectivo (art. 11.3) y lo mismo puede decirse del Estatuto de Castilla y León. (art. 17.1).

nejando el concepto de “norma programática”, esto es, una suerte de regla de valor jurídico incierto, hasta tiempos muy recientes. Sobre base tan inconsistente se explica que el argumento económico haya campado a sus anchas, prácticamente exento de sometimiento al Derecho y que baste la invocación a la palabra “crisis” para poner en movimiento la convicción fatal de que es lícito paralizar las acciones sociales en marcha e incluso echar abajo lo conseguido.

Es muy importante tener en cuenta que ese tratamiento fatalista ha tenido como referencia los “derechos sociales” como un todo conceptual, contrapuesto a los derechos de abstención, que serían, éstos sí, verdaderos derechos; contraposición simplista de viejo arraigo viciada con dos tópicos añadidos: a) que la efectividad de *todos* los derechos sociales depende de las circunstancias económicas; b) que todos ellos exigen de los poderes públicos acciones positivas. Esta visión uniformada de la heterogénea realidad ha llevado a la doctrina a hacer afirmaciones que son insostenibles por su carácter indiscriminado, al menos en la actualidad; así, la afirmación de que “los derechos sociales no son más que pretensiones legalmente reguladas” o que “el legislador determina lo que es un derecho social, pero él no está vinculado a los derechos sociales²¹³”.

Pero nos encontramos ante ciertos hechos nuevos que obligan a replantear muy en serio las ideas que aún se siguen manteniendo sobre estas cuestiones: a) los principios rectores de la política social y económica son normas jurídicas que no admiten el liviano tratamiento dispensado tradicionalmente a las “normas programáticas”, esa especie de cajón de sastre cuasi pintoresco; b) en las tablas de derechos sociales de los Estatutos aparecen ahora, junto a

²¹³ GÓMEZ CANOTILHO, J. J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, pág. 42. Así lo afirma el autor parafraseando a HAVERKATE. Asimismo asume la idea clásica que HABERLE suscribe: “Los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado” (pág. 44); y aún más, la inasumible afirmación de MARTENS, referida precisamente a los derechos públicos subjetivos, según la cual éstos sólo pueden ser garantizados “en el ámbito de lo posible” y de lo adecuado, y por este motivo se encuentran desprovistos de estatuto jurídico constitucional (pág. 44). El condicionante económico también adquiere un papel preponderante sobre el Derecho para VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., pág. 98. BIGLINO CAMPOS, P. también sostiene la inviabilidad de ciertas demandas sociales contenidas en el Estatuto de Cataluña, “Los espejismos...”, cit. pág. 41. En una posición más equilibrada, SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, 112, 2001, pág. 270.

tales principios, no simples “derechos–aspiración” sino auténticos derechos subjetivos; c) las leyes ordinarias reconocen derechos en materia social sin que para ello tenga necesariamente que darse una conexión con principios proclamados en norma superior; basta con el ejercicio de la competencia.

Consecuentemente, resulta obligado abandonar el planteamiento tradicional de considerar la materia social –los llamados en sentido genérico u objetivo “derechos sociales”– como una categoría jurídica unitaria y por el contrario distinguir, muy claramente, entre principios y derechos dado que su respectivo tratamiento debe ser muy diferente.

En relación con los *principios rectores* estatutarios creemos que no existe obstáculo para admitir que ejercen frente a las leyes autonómicas el típico papel que juegan los principios rectores constitucionales. Así lo explicitan algunos Estatutos como quedó expuesto *supra*, y aunque en otros no figure específica aclaración al respecto no cabe duda de que la figura del principio rector forma ya parte de la cultura jurídica y está implícita en tales Estatutos. Por tanto, el dato de la subordinación jerárquica de las leyes autonómicas respecto de su Estatuto hay que relegarlo a un segundo plano²¹⁴ y situar la cuestión en la clave flexible que es propia de los principios rectores en su relación con las normas y actos jurídicos que deben materializarlos. Ahora bien, esta dulcificación de la relación entre norma superior y subordinada, propiciada precisamente por razón de la discrecionalidad que es preciso otorgar al legislador en este ámbito, no ha de enervar la fuerza de ese pequeño “núcleo duro” ínsito en todo principio rector, que deberá así ejercer su papel compulsivo sobre la acción de las instancias autonómicas, siquiera sea en un nivel mínimo que al menos haga posible su supervivencia como mandato jurídico con alguna significación. Y ésta es la premisa mayor a partir de la cual han de resolverse los problemas inherentes a la relación entre los principios y la actividad normativa de desarrollo. Estos problemas, más arriba apuntados, pueden denominarse, en síntesis, como la *desviación*, la *inactividad* y el *retroceso*, problemas que vienen ya de lejos y que no parece que ofrezcan alguna especificidad o modulación relevante en este nuevo escenario constituido por los Estatutos y sus normas y actos jurídicos derivados. Al respecto cabe recordar lo siguiente:

– Por lo que se refiere a las normas que se *desvíen* de lo querido por los principios rectores estatutarios hay que partir del reconocimiento al legislador

²¹⁴ Vid. *in extenso* sobre esta cuestiones AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición...*, cit. págs. 535 y ss.

de un amplio margen de interpretación del mandato. Por tanto, la confrontación que puede dar lugar a la declaración de que la norma es anti estatutaria ha de suponer una desviación cualificada, o sea, una *colisión* que no deje lugar a dudas. Pueden traerse a colación supuestos de esta clase resueltos por el TC que serían, *mutatis mutandi*, perfectamente extrapolables al ámbito autonómico²¹⁵. En efecto, no existe imposibilidad de principio alguna para impugnar ante el TC leyes autonómicas contrarias a lo establecido en los Estatutos, cualquiera que sea la materia, como ya quedó sentado *supra*, aunque no quepa ignorar las dificultades inherentes a la legitimación activa, más las añadidas que resulten *de facto* del hecho mismo de circunscribirse el conflicto a un ámbito autonómico.

– Mayores dificultades ofrece el control de la *inactividad* del legislador, cuando no impulse lo previsto en un mandato o principio rector (omisión total) o excluya del beneficio a grupos determinados de personas (omisión parcial). Este último supuesto es atajable por vía del principio de igualdad pero la omisión pura supone el vacío y ello acarrea los inconvenientes típicos de esta situación: la ausencia de norma impugnable y la dificultad de determinar el contenido concreto de lo que tendría que haberse desarrollado²¹⁶. Como expusiera oportunamente PAREJO ALFONSO, el TC Federal alemán se ha mostrado rotundamente contrario a declarar la inconstitucionalidad de la inactividad del legislador²¹⁷ y otros autores han destacado la dificultad existente en nuestro derecho para dar cauce a una pretensión de esta clase, pues la declaración en sí

²¹⁵ Así, la STC 45/1989 que declaró inconstitucional la regulación legal del IRPF (Fto. Jur. 7) por contrario a la “protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39 CE); la STC 103/1983 de 22 de noviembre declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley General de Seguridad Social sobre la diferencia de tratamiento del régimen de viudedad según el sexo; también es de citar el caso del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Vid.* GARRIDO GUTIÉRREZ, P., “El valor constitucional de los principios rectores. Comentarios a la STC 222/1992, de 11 de diciembre” en *RVAP*, 40, 1994.

²¹⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, 1997, pág. 31. Un análisis reciente de la cuestión en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre” en *Revista General de Derecho Constitucional*, cit., págs. 9 y ss.

²¹⁷ *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la Reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 55. En el mismo sentido, la jurisprudencia norteamericana descrita por ALONSO GARCÍA, R., en sus trabajos publicados en la *REDC*, núms. 2 (1982), 7 (1983) y 11 (1984).

de estos incumplimientos constitucionales sí puede hacerla el Tribunal Constitucional²¹⁸; esto, a diferencia, como ha señalado COBREROS MENDAZONA, de lo que sucede con el artículo 283 de la Constitución portuguesa²¹⁹, o lo que establece el ordenamiento comunitario frente a la inacción de las instituciones comunitarias mediante el recurso por inactividad previsto en el artículo 232 del TCE²²⁰. Expone COBREROS los esfuerzos de cierta doctrina –señaladamente MORTATI– en orden a vitalizar las posibilidades de control de esta inactividad legislativa y postula el propio autor, ante la atonía cierta deducible de la jurisprudencia constitucional²²¹, la acertada propuesta de que “si la omisión del legislador ordinario es constitucionalmente relevante, el Tribunal Constitucional debe decirlo, ya que él no tiene más límite que la Constitución (y su propia Ley Orgánica)”²²², a lo que cabe añadir que la regla extraíble de la Constitución, a la vista de los modos verbales que utiliza en los preceptos del Cap. III, Tít. I, es la de que el legislador debe actuar, y no la de que se abstenga, por lo que en principio existe un mandato constitucional que el TC tiene que tutelar sin perjuicio de que el poder público de que se trate pueda argüir de contrario sus legítimas razones –si las tiene– para mantener inédita o bloqueada una acción social propuesta por la Constitución.

²¹⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El régimen jurídico...”, cit. pág. 13.

²¹⁹ Sobre la solución portuguesa, *vid.* GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social*, cit. pág. 215.

²²⁰ COBREROS MENDAZONA, E., “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado” en *RVAP*, núm. 19, 1987, pág. 43. Asimismo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: *idem*, pág. 14. En general es imprescindible la obra de GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. GÓMEZ PUENTE, M. señala que los resultados que se alcanzan en el Derecho comunitario son generalizables para cuantas situaciones de ablación o privación de derechos se produzcan a causa de una acción u omisión legislativa antijurídica, *La inactividad del legislador*, cit. pág. 35, 242 y ss. y 250. *Vid.* asimismo la importante obra de GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, CEDECS, Barcelona, 2001, especialmente págs. 559 y ss.

²²¹ COBREROS cita la STC 24/1982 de 13 mayo, FJ 3, y la 74/1987 de 25 mayo, FJ 4. También la STC 45/1989 de 20 febrero había declarado un tanto abúlicamente que “es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, *aisladamente considerada*, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta...” (FJ 4).

²²² COBREROS MENDAZONA, E.: *idem*, pág. 47. En contra de esta posibilidad, COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación...*cit. pág. 243.

– El *retroceso* o recesión, aun siendo un fenómeno del mismo género que los anteriores es cualitativamente distinto puesto que no supone, como aquéllos, la frustración de expectativas sino la vuelta atrás, es decir, la rebaja o el despojo total de algo que se venía disfrutando, si bien no a título de derecho subjetivo. En suma un fenómeno de corte más bronco que se ha erigido, lógicamente, en el banco de pruebas de la efectividad de los principios rectores.

Como punto de partida es obligado referirse a la postura de K. HESSE, oportunamente expuesta por PAREJO ALFONSO²²³, pues simboliza la tesis de la irreversibilidad de lo que ya ha sido hallado o descubierto por el legislador como contenido del Estado social, “hallazgo” que queda petrificado por la propia fuerza de la Constitución y resistente frente a futuras medidas regresivas. La tesis, seguida por BÖCKENFÖRDE²²⁴, cuenta en España con algunos adeptos²²⁵.

La cuestión, evidentemente ligada a la ideología y proclive a la especulación, puede ser reducida, a nuestro juicio, a términos más concretos con el apoyo de la propia Constitución: ésta no contiene –tampoco los Estatutos– ningún precepto que establezca la irreversibilidad, sino que remite, en relación con los principios a “lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3), sin que a nuestro juicio pueda entenderse comprendida en la cláusula del Estado social una figura tan drástica e intensa como la del “no retorno”. Ciertamente que la regla de partida no puede ser otra que la del avance, pero ello no excluye la posibilidad del retroceso si concurre una razón poderosa que haga materialmente imposible el mantenimiento de lo conseguido hasta entonces. *Nemo dat quod non habet*, ésta es una cláusula implícita del sistema, basada en la naturaleza de las cosas y, por tanto, excluyente de cualquier otra con la que resulte incompatible²²⁶. Desde luego, siempre habrá que dejar a salvo del

²²³ *Estado social y Administración Pública. Los postulados...*, cit. pág. 54.

²²⁴ *Escritos sobre derechos fundamentales*, Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, pág. 81. (Traduc. J. L. Requejo e I. Villaverde).

²²⁵ DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Vol. I, Barcelona, 1984 pág. 346–347; PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad...”, cit. pág. 39. Puede verse una indicación de posiciones favorables y contrarias a la irreversibilidad en la obra de GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social*, cit. pág. 158.

²²⁶ Con toda razón señala MUÑOZ MACHADO que “es absurdo pretender vincular jurídicamente al Estado a mantener una prestación que la crisis económica no le permite”, remitiéndose

posible retorno las garantías institucionales reconocidas por la Constitución, tal como el sistema público de Seguridad Social con su conjunto de prestaciones, al menos mínimo, como exige la STC 37/1994, de 10 de febrero²²⁷.

La tesis de la irreversibilidad, quizás defendible en épocas de bonanza económica es insostenible en situaciones de crisis, como certeramente ha señalado PAREJO ALFONSO²²⁸. Y para estas situaciones resulta preferible, más que la defensa a ultranza de lo imposible, la aceptación del retroceso, pero siempre en la parte en que éste sea irremediable. Salvo que el Estado caiga en una absoluta bancarrota, no será verosímil que cualquier situación de crisis legitime a los poderes públicos para dismantelar todo lo realizado en el campo de la acción social y por ello la alternativa no es otra que la de optar selectivamente, establecer prioridades en un contexto de recursos escasos²²⁹. En este sentido, se señala la conveniencia de la reversibilidad, precisamente para asegurar la preservación del núcleo esencial de las prestaciones para que éstas se proyecten hacia el mayor número de destinatarios posibles²³⁰.

Desde esta perspectiva realista, PAREJO ALFONSO señala como factible la transformación del *statu quo* por una política socio-económica distinta aun-

en este sentido a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo norteamericano sobre los *Welfare Rights*, “La crisis del Estado del Bienestar y la cuestión de la reversibilidad...” en *La integración social de los minusválidos...*, cit., pág. 29. GARCÍA MACHO, R. trata esta cuestión bajo el expresivo rótulo “Límites económicos de los derechos fundamentales sociales”, en *Las aporías de los derechos...*, cit., pág. 143. En la misma línea Marc CARRILLO advierte que “en general los Tribunales Constitucionales han negado la congelación de los derechos sociales y han legitimado al legislador para que module el alcance y los límites del Estado del bienestar”, “La eficacia de los derechos sociales...”, cit., pág. 71.

²²⁷ GARCÉS SANAGUSTÍN, A. considera también protegida por una garantía institucional la Acción Social, concretamente el derecho al mantenimiento de un mínimo vital en cuanto ligado a la dignidad de la persona, lo que a nuestro juicio resulta discutible, por difuso. *Vid. Prestaciones sociales...* cit., pág. 180.

²²⁸ *Estado social y Administración Pública. Los postulados...* cit. pág. 54.

²²⁹ A este efecto MUÑOZ MACHADO propone la distinción entre prestaciones universales y las prestaciones destinadas a atender necesidades específicas de colectivos concretos; y la distinción entre necesidades que los ciudadanos podrían cubrir por sí mismos y aquellas que precisan de un soporte público para cobrar un nivel de protección razonablemente idóneo; reconoce, no obstante la dificultad de clasificar las situaciones señaladas. “La crisis del Estado de bienestar...”, cit. pág. 31.

²³⁰ GOMES CANOTILHO, J. J., “Metodología ‘fuzzy’...”, cit. pág. 47. En análogo sentido PAREJO ALFONSO, *Estado social...* cit. pág. 91.

que respetuosa con los principios constitucionales de aplicación²³¹. Por su parte, MUÑOZ MACHADO estima que no es necesaria esa sustitución por una política social diferente si las circunstancias económicas sobrevenidas imponen, lisa y llanamente, la rebaja o supresión de algunas prestaciones de carácter social y, siguiendo a K. DOHERING²³², apunta como solución superadora del problema de la reversibilidad, el hecho de que el Estado tiene obligaciones derivadas de la relación de lealtad y protección con sus ciudadanos, –la de prestar ayuda social a los necesitados–, que van más allá de la fórmula del Estado social ya que estas situaciones entroncan con otros valores constitucionales, tal como el de la *dignidad humana*, lo que MUÑOZ MACHADO refiere al caso de los minusválidos²³³. Indudablemente, se trata de un postulado loable y difícilmente rechazable desde el punto de vista técnico, pero también es cierto que resultará difícil encontrar algún ámbito relevante de la acción social que no guarde claras conexiones con derechos fundamentales o valores constitucionales (la dignidad, la igualdad, el desarrollo de la personalidad, etc.). Por consiguiente, dicho criterio no logra reducir en gran medida el espectro de opciones posibles en un contexto de penuria de medios, lo que “devuelve” al legislador su originaria discrecionalidad para decidir, en un tal contexto económico, cuáles sean las líneas de la acción social a mantener y cuáles hayan de ser rebajadas o suprimidas, lo que en definitiva supone la evasión del corsé que toda regla implica. Ahora bien, a efecto de controlar la discrecionalidad del legislador siempre será un dato valioso la vinculación que guarde la prestación social en cuestión con un valor constitucional, pues claro es que no todas las acciones sociales tienen la misma trascendencia llegado que fuere el infeliz momento de recortar el gasto social en los Presupuestos.

²³¹ *Ídem*, pág. 90. En cambio, considera PAREJO que sería inconstitucional cualquier política legislativa que tuviera por objeto global la reducción o la supresión por sí misma de los derechos de contenido social ya reconocidos por el ordenamiento. *Ídem* pág. 89, sin añadir matización alguna para el caso de una eventual y profunda crisis económica.

²³² “Estado social, Estado de Derecho y Orden democrático” en *El Estado Social*, (con ABENDROTH y FORSTHOFF), cit., pág. 159. DOHERING precisa que la obligación *evidente* [*sic*] del Estado de prestar ayuda social a los necesitados no se deduce, o al menos no exclusivamente, del concepto de Estado social e incluso puede caber la duda de si es necesaria una tal remisión especial de la Constitución. Ello resulta del propio concepto de la pertenencia del individuo a su Estado.

²³³ “La crisis del Estado del bienestar...” cit. págs. 30 y ss.

Como conclusión a cuanto precede nos atrevemos a proponer criterios –quizás no suficientes pero sí necesarios– que habrían de ser tenidos en cuenta en cualquier circunstancia:

a) en primer lugar hay que excluir la aplicación de fórmulas estereotipadas o supuestas “reglas de oro²³⁴”, puesto que la Constitución no las contiene ni la jurisprudencia las ofrece. En puridad, sólo cabría una regla y es la de que, en principio, la tendencia deber ser la de avanzar y no retroceder²³⁵, regla ésta que aunque nace vocada a ceder y a acomodarse a las circunstancias, señaladamente en el caso de la regresión de los niveles prestacionales ya conseguidos, debe considerarse como la regla–guía permanente e irrompible, la única posible con la Constitución en la mano. Todo lo demás serán excepciones consentibles, en su caso, dada la flexibilidad que es propia de la categoría jurídica de que se trata.

b) un segundo criterio recomendable es el de no fijarse en exceso en las soluciones adoptadas por órganos judiciales de otras latitudes, dados los riesgos consabidos, especialmente si se fundan en criterios economicistas que, aunque razonables, no tienen encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

c) es obligado reconocer un amplio margen de discrecionalidad de los poderes públicos en ese complejo mundo de la ejecución de

²³⁴ Valga citar, por ejemplo, la regla que propone PRIETO SANCHÍS, L., según la cual los derechos prestacionales no imponen una obligación de avanzar y sí una prohibición de retroceder, “Los derechos sociales y el principio...” en *Rev. del Centro de Estudios...*, cit. La regla en cuestión entronca claramente con la opinión sostenida por LÓPEZ GUERRA, L., sobre la irreversibilidad de los derechos sociales a la que aludimos *supra*, formulada así: “los principios rectores de la política social y económica aparecen así como una garantía del ‘mínimo existente’, en el sentido de que el *statu quo* socioeconómico, si se modifica, ha de serlo en la dirección indicada por la Constitución. Desde esta perspectiva, la Constitución trata, pues, más que de forzar un avance, de evitar un retroceso en la realización del Estado social”, ob. cit. pág. 346–347.

²³⁵ Como señalan ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch., la obligación de progresividad y prohibición de regresividad es la regla de partida del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, cit. pág. 93. CARRETERO SANCHEZ, S., se adscribe a esta línea señalando atinadamente que ello genera la presunción de ilegitimidad de la medida regresiva desplazando al Estado la carga de probar la existencia de una justificación racional e imperiosa. *El cambio de los derechos sociales y su justiciabilidad. Impacto jurídico de la inmigración en la teoría tradicional de los derechos humanos*, cit., págs. 141–143.

los principios rectores, reservando el llamado “activismo judicial” sólo para las situaciones manifiestamente arbitrarias o claramente contrarias a la letra o al sentido mismo del principio rector.

d) será fundamental en todo caso constatar si los órganos responsables del desarrollo de los principios rectores actuaron –o dejaron de actuar– legitimados por una justificación razonable susceptible de comprobación, capaz de disipar la duda de que se hubiese obrado en fraude de ley, en este caso, estatutaria. Existen sobre este punto aportaciones doctrinales muy aquilatadas²³⁶.

e) como contrapunto de los criterios anteriores será necesario también que los órganos jurisdiccionales extraigan del ordenamiento jurídico y señaladamente de las leyes procesales las interpretaciones necesarias con el fin de impedir que ante una situación de flagrante incumplimiento del Estatuto el sistema jurídico se quede en punto muerto, inerme, incapaz de reacción, ya que esto supondría el fracaso del sistema al asumir éste la impunidad ante el incumplimiento de mandatos legales. El Derecho debe tener previstos los mecanismos para dar respuesta adecuada a estas “disfunciones” si convenimos en que lo que se manejan son *normas* y que por ello no puede quedar la cuestión confiada sólo a los controles políticos.

Hay que insistir en que todo cuanto precede sólo es referible a los “derechos” sociales en sentido amplio u objetivo, esto es, a los contenidos en los principios rectores, sean constitucionales o estatutarios; o dicho de otra forma, a un espacio de situaciones jurídicas inestables, distinto del mundo de los auténticos derechos y, por tanto, muy a merced de la economía y la política y sus inherentes amplios márgenes de alternancia y maniobra. Obviamente, muy poco o nada de lo dicho hasta aquí sería predicable de los derechos so-

²³⁶ Son muy destacables las propuestas de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. Así, sobre este punto señalan que las restricciones a los derechos sociales no han de ser arbitrarias, sino razonables; que se encuentren justificadas por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma; que exista una adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida. Además, queda desplazada al Estado la carga de demostrar la estricta necesidad de la medida, lo que le exigirá probar: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida, c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit. págs. 100 y ss.

ciales configurados como verdaderos derechos subjetivos pues éstos quedan a resguardo de las fluctuaciones a las que eventualmente sí están sujetos los principios, al menos en lo que concierne al núcleo irreductible de las prestaciones garantizadas²³⁷.

Refiriéndonos ya a los genuinos derechos hay que notar que la Constitución sólo ha consagrado como derechos subjetivos –fundamentales– un escaso número de “derechos sociales”, reduciendo así al mínimo el alto compromiso que muchos de ellos representan para las arcas públicas, señaladamente el derecho a la educación, *ex art.* 27 CE. En lo demás, el legislador queda constitucionalmente vinculado en cuanto a la orientación a seguir mas no en cuanto a la fórmula a aplicar. Pero si éste, en uso de su poder político, opta por materializar su acción social con la vitola del derecho subjetivo judicialmente exigible (lo que presuntamente le hará ganar prestigio y puntos de cara al electorado) tendrá que arrostrar las consecuencias de haberse autovinculado tan estrechamente, o sea, de haber creado una situación que aunque no sea absolutamente irreversible en teoría²³⁸ sí lo será probablemente en el plano fáctico, dada la imponente carga que representa el tener que responder ante la miríada de posiciones individuales consolidadas por cualquier alteración sustancial de su *statu quo*. Ello aparte la dificultad de orden político y social que conlleva el incidir desfavorablemente en el campo de los *iura quaesita*.

En suma, la existencia de una prestación social cubierta con la *veste* del derecho subjetivo hará quebrar cuanto queda dicho sobre los fenómenos de la *desviación*, la *inactividad* y el *retroceso* en la ejecución de los principios rectores. En efecto, definido que fuere por la norma el derecho subjetivo no será admisible el más mínimo desvío por el desarrollo normativo ulterior y la actuación administrativa, debiendo reputarse inválido todo lo que no con–duzca a

²³⁷ Son imprescindibles al respecto las reflexiones de MUÑOZ MACHADO, S., en *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 150 y ss.

²³⁸ Contrariamente, MUÑOZ MACHADO apunta a la posibilidad de que el legislador, al haber concretado el derecho, quede autovinculado por el contenido de su propia norma, obligado a ello por la cláusula del Estado social de la Constitución. “La crisis del Estado del bienestar y la cuestión de la reversibilidad...”, *cit.* pág. 28. A nuestro juicio, en todo caso habrá que entender implícito que la fuerza de la cláusula referida no puede llegar a paralizar el poder del legislador si éste cuenta con una justificación razonable que le haga cambiar de parecer, dicta el pertinente *contrarius actus* y, desde luego, respeta los derechos ya adquiridos o resarce debidamente a los perjudicados con las compensaciones a que tuvieran derecho.

cumplir derechamente el mandato legal; y tan condenables como lo anterior deben considerarse las conductas omisivas que bloqueen lo que el legislador ha querido que se haga sin dilación alguna. Y por igual o mayor razón queda excluida en esta sede toda posibilidad de especular sobre la reversibilidad de lo reconocido y otorgado con el carácter de derecho subjetivo.

En fin, por más que desde la Economía o la Política se eludan estos matices a la hora de pronunciarse sobre la suerte de la acción social en una situación económica adversa como la que vivimos, el Derecho tiene que hacer relucir el valor de sus reglas de siempre y con ellas hacer ver que no todas las situaciones son claudicantes por igual y que los poderes públicos, generalmente excedidos en sus promesas, no lo tienen tan fácil a la hora de recoger velas y buscar soluciones ligeras para los derechos sociales. Es precisamente en momentos de crisis cuando resurge la fuerza aleccionadora del Derecho y se hace patente la necesidad de obrar prudentemente tanto a la hora de formular promesas y derechos en tiempos de bonanza como a la del repliegue en momentos difíciles. No cabe huir en desbandada como si el Derecho no existiera. Hay un regla jurídica sencilla que debe saberse como la escribiera OTTO MAYER hace ya más de un siglo al referirse a los derechos públicos subjetivos: “es cosa bastante seria la de crear semejantes relaciones jurídicas. Que la ley puede hacerlo, no cabe duda. Pero... tan pronto haya sido creado sin reservas un poder del individuo sobre la potestad pública, habrá derecho público individual subjetivo y, por consiguiente, relación jurídica irrevocable²³⁹”. Pero esto, que es válido para las leyes en general, no lo es para los Estatutos de Autonomía según hemos visto, a no ser que el TC cambie de opinión en fecha próxima.

Sevilla, diciembre 2008

²³⁹ *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1949, págs. 154 y 155 (trad. del original francés *Le droit Administratif Allemand*, París, 1903). Sobre tal irrevocabilidad, valga la consideración dicha en la nota anterior.

Informe Andalucía 2008

Juan Antonio Carrillo Donaire

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

RESUMEN:

Esta crónica forma parte del *Informe Comunidades Autónomas* que desde 1989 publica el *Instituto de Derecho Público* de Barcelona con el auspicio de la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, entre ellas la de Andalucía. El objeto del Informe es dar cuenta de los hechos más destacables de la actualidad política, jurídica e institucional de las Comunidades Autónomas sin abandonar la dimensión valorativa y de juicio, tanto en el contexto en que se producen los distintos acontecimientos como en su perspectiva histórica. El ejercicio 2008 que ocupa esta crónica está marcado por las elecciones autonómicas de 9 de marzo y por la apertura de la VIII legislatura del Parlamento andaluz, que esta llamada a ser la legislatura del desarrollo del nuevo Estatuto para Andalucía de 2007.

ABSTRACT:

This chronicle is a part of the *Comunidades Autónomas* 2008 Report published since 1989 by the Institute of Public Law with the support of regional governments. The report aims to give an account of the highlights of the political, legal and institutional framework for each *Comunidad Autónoma*. The year 2008 is marked by the elections of March 9 and the opening of the VIII legislature of the andalusian Parliament, which is called to be the legislature of the development of new *Estatuto* approved in 2007.

Palabras clave:

Desarrollo estatutario de la Comunidad Autónoma de Andalucía, actividad política e institucional de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Key words:

Andalusia regional government, institutional activity and legal developing.

RASGOS GENERALES

a) Elecciones autonómicas

En ejercicio de la competencia recogida por el artículo 127.1 del Estatuto de Autonomía, el Presidente de la Junta de Andalucía disolvió el Parlamento y convocó elecciones autonómicas por Decreto 1/2008, de 14 de enero, que fijó el 9 de marzo como día electoral y el 3 de abril como fecha para la sesión constitutiva de la VIII legislatura del Parlamento andaluz. La convocatoria electoral había sido avanzada por el Presidente Chaves a finales de octubre de 2007, con antelación a la decisión que dos meses más tarde tomara el Presidente Rodríguez Zapatero anunciando elecciones generales para el mismo 9 de marzo, provocando así una nueva coincidencia de ambos procesos electorales (sólo dos de las siete convocatorias electorales autonómicas han sido en solitario, las primeras elecciones al Parlamento andaluz de 1982 y las de 1990).

Antes de desgranar los resultados debemos dejar constancia de un cierto deslucimiento de la campaña electoral a raíz del polémico tratamiento de la información electoral en los medios públicos dependientes de la Administración autonómica, que fueron objeto de tres resoluciones de la Junta Electoral de Andalucía, ratificadas por la Junta Electoral Central, en las que se declaraban distintas infracciones del principio de pluralismo político y de neutralidad informativa por parte de la Agencia pública empresarial de la radio y televisión de Andalucía (RTVA).

El resultado electoral está presidido por el holgado triunfo del PSOE en ambas elecciones, que en Andalucía le permitió reeditar la mayoría absoluta de la pasada legislatura y conseguir su sexta victoria electoral consecutiva (tercera de su cabeza de cartel, el Sr. Chaves, frente a su contrincante popular, el Sr. Arenas). Por su parte, el Partido Popular logró el mejor resultado de su historia. Izquierda Unida Los Verdes–Convocatoria por Andalucía se mantuvo y, finalmente, la Coalición Andalucista, que ya había bajado de forma ostensible en las elecciones municipales de 2007, se quedó por primera vez fuera del Parlamento andaluz.

Los votos obtenidos por el PSOE representan el 48,19 por ciento de los emitidos y se traducen en 56 escaños, 5 menos que en 2004, lo que supone superar en uno el número de escaños necesarios –55– para la mayoría absoluta. El PP, con el 38,63 por ciento de los votos, obtuvo 47 escaños, uno más que en 2000, cuando alcanzó sus anteriores mejores resultados en Andalucía. Esta su-

bida contrasta especialmente con los resultados de 2004, donde se produjo una brusca bajada de esta formación que truncó su progresión haciéndola descender a 37 escaños. IU-CA, con el 7,09 por ciento, obtuvo 6 escaños, los mismos que en 2004 y que en 2000 y, aunque vuelve a disminuir levemente su porcentaje de votos, se consolida en lo que parece ser su suelo electoral en Andalucía; que, a diferencia de lo sucedido en las elecciones al Parlamento Nacional, le permite formar Grupo parlamentario. Pero, sin duda, el dato más impactante de los resultados electorales fue el estrepitoso fracaso de la Coalición Andalucista que, con el 2,78 por ciento de los votos, perdió cuatro puntos y, con ello, los cinco escaños obtenidos por el Partido Andalucista en 2004, colocando a esta formación en la tesitura de mirar prioritariamente a su reconstitución desde el borde del precipicio.

En suma, la alta participación del 73,56 por ciento del censo, poco menos que en los anteriores comicios autonómicos, no mejora esta vez el resultado del PSOE andaluz. Aún así, los socialistas se impusieron en seis de las ocho Provincias andaluzas, mientras que el PP incrementó su número de votos en todas ellas y logró mayoría en dos, Málaga y Almería. La subida de los populares, unida al estancamiento de IU y la desaparición de los andalucistas, da una vuelta de giro más a la ya marcada tendencia bipartidista de la actividad parlamentaria y la vida pública e institucional en Andalucía.

b) Desarrollo del Estatuto

La ratificación del Estatuto y el cierre inminente de la legislatura impulsaron en el pasado ejercicio la aprobación de un total de 24 leyes, cifra récord en Andalucía, 16 de las cuales vinculaban de forma directa al nuevo Estatuto (9 de ellas se justificaban expresamente en preceptos estatutarios necesitados de desarrollo). En 2008, la convocatoria electoral y la constitución del nuevo Parlamento en época cercana al periodo estival ha provocado un lógico retraso del comienzo real del curso parlamentario que se aprecia en el escaso número de leyes aprobadas, pese a que el Gobierno ha presentado ante el Parlamento andaluz un calendario legislativo de unas 40 leyes de ejecución del Estatuto. Ello no ha impedido, sin embargo, retomar la agenda del desarrollo estatutario en el terreno de la acción del Gobierno, donde el Ejecutivo ha dado continuidad a gran parte de los requerimientos que imprimía el extraordinariamente voluminoso paquete legislativo aprobado en el curso anterior.

En este contexto, no puede dejarse de señalar que el tema de la “deuda histórica” ha vuelto a ocupar un lugar central en el ejercicio. Es este un tema recurrente, abundantemente tratado en anteriores *Informes*, al que el últimá-

tum contenido en la nueva Disposición Adicional Segunda del Estatuto parece espolear como presupuesto financiero para el pleno desarrollo de la tabla de derechos sociales y de las nuevas competencias asumidas. La citada Disposición señala un plazo máximo de 18 meses para que la Comisión Mixta de Transferencias acuerde los criterios, alcance y cuantía para la ejecución del Acuerdo suscrito en febrero de 1996 (en el que se fijó una metodología para la determinación del importe de la deuda y se entregaron 120 millones de euros a cuenta), precisando que la aplicación de ese nuevo y definitivo acuerdo se realizará en un plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del Estatuto. El plazo para cuantificar la deuda finalizaba, así, el 20 de septiembre de 2008. Ocho meses antes de cumplirse dicho plazo, el Consejo de Ministros acordó un segundo anticipo por valor de 300 millones de euros que fue abonado en abril, con lo que en la perspectiva del cumplimiento del plazo estatutario, el abono parcial de la deuda ascendía a 420 millones de euros. Pero lo cierto es que ese nuevo anticipo se producía tras la ruptura de negociaciones en el seno de la Comisión Mixta en torno a la cuantía de la deuda, que se escenificó a finales de septiembre al posponerse en seis meses más su fijación, retrasando el plazo al 20 de marzo de 2009, pero manteniendo como improrrogable el de tres años previsto para liquidar la deuda (marzo de 2010). El tema quedó rematado justo antes de que acabara el año en el contexto de una reunión bilateral celebrada entre el Presidente Chaves y el Presidente Rodríguez Zapatero el 21 de diciembre para abordar la reforma de la financiación autonómica, en la que se hizo público un preacuerdo que fijaba la horquilla de la deuda entre un mínimo de 1.148 millones de euros (cifra muy cercana a los 1.140 millones de euros que estimara el Parlamento andaluz en 2003) y un máximo de 1.742 millones de euros.

Con ello quedaba salvado el principal escollo que la Junta de Andalucía anteponía para pactar la modificación del sistema de financiación autonómico puesta en marcha en mayo por el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Los pilares de la reforma son conocidos: el incremento del porcentaje de cesión de los tributos parcialmente cedidos, con una participación de hasta el 50% en el IRPF, IVA e impuestos especiales; la mayor capacidad normativa autonómica sobre los mismos; y la consolidación del peso poblacional como factor principal del reparto. Este último criterio ha sido especialmente celebrado desde Andalucía, cuyo censo de población es el mayor de España (8.202.220 habitantes en enero de 2008). Los grandes objetivos de la reforma se expusieron en el documento de bases presentado en julio por el Gobierno de la Nación ante el Consejo de Política Fiscal y Financiera, y los distintos detalles comenzaron a perfilarse en el curso de las negociaciones que el propio Presidente Rodríguez Zapatero mantuvo a finales de año con sus homólogos de la

mayoría de las 15 CCAA afectadas. En dichas negociaciones, la posición de Andalucía se mostró proclive a modular el criterio numérico de la población con elementos como la dispersión y el asentamiento geográfico de la misma. Del conjunto de las reivindicaciones del Ejecutivo andaluz destacan otras que también tienen reflejo en el Estatuto y que se ligan a los principios de suficiencia e igualdad, a la creación de fondos específicos o al objetivo de que el grueso de los mismos se dedique a la sanidad, la educación y los servicios sociales, así como otras precisiones del marco estatutario que ya fueron respaldadas por el Pleno del Parlamento andaluz en su sesión plenaria de 26 de junio.

Uno de los temas prioritarios de la agenda legislativa para el desarrollo estatutario es el de la promoción de vivienda pública, recogida como obligación para los poderes públicos en los artículos 25, 37.1, 56, 74, 92 del Estatuto. En este contexto, y el marco de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Vivienda Protegida y el Suelo, es de recordar que en diciembre de 2007 se adoptó el llamado “Pacto por la Vivienda”, en el que la Junta de Andalucía, la FAMP, los empresarios, los sindicatos UGT y CCOO y 31 entidades financieras suscribieron el compromiso de construir 300.000 viviendas protegidas durante los próximos diez años. En 2008, el Ejecutivo ha adoptado importantes iniciativas para el cumplimiento de los objetivos señalados en dicho Pacto. En primer lugar, se aprobó el Decreto 11/2008, de 22 de enero, que da cobertura normativa a los convenios que la Junta de Andalucía firma con Ayuntamientos y Diputaciones para dotar suelo urbanizable en el que ejecutar vivienda protegida. En segundo lugar, se ha aprobado el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008–2012 mediante Decreto 395/2008, de 24 de junio, que materializa los objetivos del Pacto por la Vivienda y avanza otros que luego recogió uno de los proyectos estrella de la presente legislatura: el Anteproyecto de Ley sobre vivienda hecho público por el Gobierno andaluz en noviembre de 2008. En este sentido, el Plan es un anticipo parcial de dicha Ley, aunque centrado en la protección de determinados colectivos.

La política exterior figura entre las prioridades del Ejecutivo para el desarrollo del nuevo Estatuto, que dedica a la acción exterior el Capítulo IV del Título IX (arts. 240 a 244). La mayor atención estatutaria que recibe esta cuestión es consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha respaldado la participación de las Comunidades Autónomas en las relaciones internacionales habilitándolas para integrarse en el *ius contrahendi* del Estado, para ostentar un ámbito convencional autónomo y un cierto derecho de representación exterior. El refrendo estatutario de estas competencias justifica el engrosamiento de la agenda internacional del ejecutivo andaluz y de las partidas presupuestarias correspondientes, que para 2009 registran un incremen-

to del 20%. Entre el Presidente Chaves y el Vicepresidente primero y Consejero de la Presidencia, el Sr. Zarrías, realizaron en 2008 una decena de viajes oficiales a distintos países. Latinoamérica, la zona más visitada, ha sido objeto de atención especial por dos razones principales: la preparación de los actos conmemorativos del bicentenario de la Constitución de 1812, especialmente promocionados en Centroamérica y el caribe; y la previsión contenida en la Ley 55/2007 de Recuperación de la Memoria Histórica de reconocer la nacionalidad española a los descendientes en primer y segundo grado de exiliados españoles, de gran repercusión en los países del cono sur, singularmente en Argentina, donde la aplicación de la medida podía elevar en torno a 100.000 el número de andaluces residentes en aquel país. Otros destinos europeos, del Magreb o Asia se justificaron en finalidades de promoción turística y comercial.

Otro terreno donde el desarrollo estatutario ha cobrado la mayor celeridad es el de los traspasos que se negocian en el seno de la Comisión Mixta de Transferencias Estado–Comunidad Autónoma, que se erigen como presupuesto necesario para el ejercicio de las nuevas competencias. Fruto de esas negociaciones, el 17 de octubre se aprobaron ocho Reales Decretos de traspaso: El R.D. 1668/2008 transfiere bienes patrimoniales adscritos a una gran variedad de servicios traspasados al inicio de la autonomía. Cuatro más, los RR.DD. 1669/2008, 1670/2008, 1672/2008 y 1673/2008, amplían los medios personales y económicos adscritos a organismos y servicios traspasados en la anterior legislatura (Centros hospitalarios y educativos dependientes del Ministerio de Defensa, Instituto Nacional de Empleo y Parques Nacionales de Doñana y Sierra Nevada). Otros dos, los RR.DD. 1667/2008 y 1671/2008, amplían los traspasos sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las cuencas andaluzas vertientes al litoral atlántico (Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Guadiana). Finalmente, el Real Decreto 1666/2008, especialmente importante, transfiere a la Junta de Andalucía los recursos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio andaluz. Posteriormente, el Decreto autonómico 533/2008, de 22 de diciembre, asignó dichos recursos a la Agencia Andaluza del Agua creada por la Ley de acompañamiento a los presupuestos de 2005, que la configuró como la Administración Hidráulica de la Junta de Andalucía adscrita a la Consejería de Medio Ambiente.

c) Medidas frente a la crisis económica

La crisis económica mundial desatada a raíz de los escándalos financieros de los activos *subprime* ha marcado más que ningún otro tema la actualidad del

ejercicio. La información sobre la magnitud de la crisis, latente y casi agazapada durante el primer tercio de 2008, acabó por saltar al primer plano informativo con la virulencia que desprendían las cifras. El protagonismo alcanzado por esta cuestión, que ha acaparado el discurso político y el programa de gobierno, es proporcional a la alarma social que levantan los datos que se fueron conociendo tras el verano y que se proyectan en forma agravada en las previsiones para el próximo ejercicio (la Comisión Europea apunta una nueva bajada del PIB español –de casi tres puntos en 2008– y una subida del paro cercana al 16%, mientras que el Fondo Monetario Internacional vaticina un crecimiento negativo para toda la zona euro). Datos como el desplome de la bolsa, la pérdida de liquidez del sistema financiero, la parálisis bancaria, el aumento de la morosidad, la multiplicación de los concursos de acreedores, la acumulación de expedientes de regulación de empleo o el preocupante crecimiento del paro apuntan un largo periodo estancamiento económico y de recesión que se intenta paliar mediante un amplio abanico de medidas acordadas en foros internacionales, europeos y nacionales, principalmente destinadas a favorecer la liquidez del sistema financiero y la generación del empleo (que se traducen en un déficit de las cuentas públicas estatales para 2009 cercano al 6%, en clara disonancia con el crecimiento del 1% que prevén los presupuestos andaluces).

La gravedad de la situación motivó la adopción del primer Decreto-ley andaluz, de 3 de junio, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica (BOJA núm. 112, de 6 de junio). El estreno de la figura, novedosamente recogida en el artículo 110.1 del Estatuto reformado, es de resaltar. Ha de recordarse que la regulación estatutaria del Decreto-ley sigue muy de cerca la redacción del artículo 86.1 de la Constitución, exigiéndose la concurrencia de un presupuesto de hecho habilitante excepcional (la “extraordinaria y urgente necesidad”) y vedando la figura en ciertos ámbitos materiales (sin que pueda “afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía”, añadiéndose que tampoco pueden aprobarse por Decreto-ley los Presupuestos). Esta regulación contrasta, sin embargo, con la flexible interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la expresión “extraordinaria y urgente necesidad” como presupuesto habilitante del Decreto-ley, así como con la rebajada intensidad que el propio Tribunal ha dado al verbo “afectar” como límite objetivo del Decreto-ley. Así, para el ámbito tributario en el que se mueve este primer Decreto-Ley andaluz, el Tribunal Constitucional tiene declarado que la figura no puede alterar el régimen general los tributos ni los elementos esenciales del deber de contribuir (SSTC 182/1997, 137/2003, 108/2004 y 189/2005).

La primera medida reseñable del Decreto-Ley se refiere al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, donde se pretende dinamizar la adquisición de viviendas eliminando prácticamente la fiscalidad en caso de donación y aumentando bastante la reducción en la base imponible para las transmisiones de vivienda *mortis causa*. Es de señalar que estas reformas fiscales habían sido avanzadas por el Presidente Chaves en su discurso de investidura como ejes principales de una Ley tributaria autonómica. En segundo lugar se modifica el sistema de cálculo de la Tasa autonómica que grava el control sanitario en las instalaciones de tratamiento alimentario de carnes para posibilitar mayores deducciones en la cuota. En tercer lugar destaca la concesión de avales para garantizar los valores de renta fija emitidos por los fondos de titulización de activos. Tras la adopción de este Decreto-Ley, el Parlamento de Andalucía acordó su convalidación y tramitación como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia en aplicación de lo previsto por el artículo 111 del Estatuto, de lo que resultó la Ley 1/2008, de 27 de noviembre, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía, y de agilización de procedimientos administrativos (BOJA núm. 245, de 11 de diciembre). La Ley incorpora dos nuevas medidas tributarias: una deducción en el IRPF por la afiliación al régimen especial de empleados del hogar y la supresión de la cuota gradual de la modalidad de actos documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Las disposiciones finales de la Ley introducen otras medidas adicionales más alejadas de los requerimientos de la situación económica, entre las que debe ser destacada el favorecimiento de la ejecución de los campos de golf “de interés turístico”, a los que deja de exigírseles la previa aprobación del plan territorial que los prevea en los términos que exige el Decreto 43/2008, de 12 de febrero, sobre condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf.

El mismo día en que veía la luz el Decreto-Ley que acaba de comentarse, el Consejo de Gobierno aprobó un Acuerdo para potenciar la liquidez y la internacionalización de la economía andaluza y fomentar la competencia (BOJA núm. 112, de 6 de junio), que sumaba 1.374 millones de euros a la ayuda proveniente del llamado “Plan español para el estímulo de la economía y el empleo” aprobado por el Gobierno Nacional en el último trimestre del año (Plan E). Asimismo, el Acuerdo autorizaba a la Consejería de Economía y Hacienda a formalizar una operación de préstamo con el Banco Europeo de Inversiones que el 17 de diciembre firmó el propio Presidente de la Junta de Andalucía por un importe de 50 millones de euros destinados a financiar la rehabilitación de barriadas y centros históricos; así como un convenio con el Instituto de Crédito Oficial para facilitar la financiación de proyectos empresa-

riales con una movilización de más de 100 millones de euros en préstamos a pymes. Estas medidas se completan con una línea de avales a títulos de renta fija emitidos por fondos de titulación de activos para financiación de pymes y de viviendas protegidas.

Uno de efectos más preocupantes de la crisis es la subida de la tasa de desempleo, que en Andalucía alcanzó la cifra de 720.000 parados a finales de año, lo que representa una tasa de desempleo del 18,3%. Con idea de frenar su aumento, el Gobierno andaluz aprobó un segundo Decreto-ley 2/2008, de 9 de diciembre (BOJA núm. 244, de 10 de diciembre) para poner en marcha un Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA) con el objetivo de desarrollar en el ámbito municipal un programa de obras y un plan formativo de reinserción laboral. El Programa está dotado con 360 millones de euros, que se suman a los 1.426 millones de euros que el Fondo Estatal de Inversión Local creado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, destinó a los municipios andaluces, en lo que fue una de las principales decisiones de aplicación del Plan Europeo de Recuperación Económica aprobado por la Comisión Europea el 26 de noviembre.

Una decisión muy bien recibida, alejada de estas otras de carácter eminentemente financiero, fue la de ampliar el período de rebajas de forma excepcional, adelantando la fecha de inicio al 2 de enero –en plena campaña navideña– (mediante el Decreto 532/2008, de 22 de diciembre), al igual que hicieran otras tres CCAA.

Este conjunto de medidas tuvo el lógico impacto en el endeudamiento autonómico. En este sentido, es de destacar que el Consejo de Política Fiscal y Financiera, en su sesión de 8 de octubre aprobó el Acuerdo 5/2008 que permitió que la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos y la Consejería de Economía y Hacienda formalizaran una Adenda al Programa Anual de Endeudamiento de la Comunidad Autónoma para 2008 que incluía un endeudamiento neto, no previsto en el Programa anual ordinario, compatible con un déficit máximo de hasta el 1% del Producto Interior Bruto regional. El 5 de diciembre, el Consejo de Ministros autorizó a la Comunidad Autónoma a realizar operaciones de endeudamiento hasta un importe de 1.328 millones de euros, tras lo que el Gobierno andaluz acordó la puesta en circulación de Deuda Pública anotada y la concertación de operaciones financieras por dicho importe (Acuerdos de 15 y 23 de diciembre, BOJA núms. 247 y 254 respectivamente).

La ordenación de las partidas de gasto en los presupuestos de Andalucía para 2009, que ascienden a 33.764 millones de euros, también responde en

parte al agravamiento de la crisis. Singular atención merecen las asignaciones a las Corporaciones Locales, que reivindican desde hace tiempo mayores recursos. La partida destinada a la coordinación financiera con las Corporaciones Locales aumenta el 10,6% respecto a 2008 y, dentro de la misma, los fondos incondicionados para la nivelación suben un 25%. Asimismo es de destacar el incremento en un 16% de los fondos destinados al Plan de Cooperación Municipal y la creación de un Fondo Financiero para operaciones de mejora del entorno local. Estos datos contrastan con las partidas destinadas a las empresas públicas del sector público andaluz, que suben casi un 10% y representan el doble de gasto que la Administración local.

d) Otros asuntos relevantes

En el segundo semestre del año se fue instalando una atmósfera de gran tensión entre el poder judicial y el ejecutivo que desembocó, a finales de año, en la convocatoria de una huelga judicial para 2009 por parte de las asociaciones profesionales de la Magistratura, que ponían sobre la mesa –al tiempo– un conjunto de reivindicaciones.

El llamado “caso Tirado” está en el origen de este pulso institucional, pudiendo decirse que ha sido el gran catalizador del mismo. Resumiendo muy brevemente los hechos se recordará que el 13 de enero de 2008 la pequeña onubense Mari Luz Cortés, de 5 años de edad, desapareció de su domicilio y el 7 de marzo se encontró su cadáver en la ría de Huelva con signos de violencia. Santiago del Valle, presunto autor de los hechos y con antecedentes penales de pederastia, fue detenido a finales del mes de marzo en un pueblo de Granada y confesó el crimen ante el Juez instructor de Huelva. Sobre él había recaído una sentencia condenatoria del juzgado de lo Penal núm. 1 de Sevilla en noviembre de 2002 por abusos sexuales contra su hija menor, confirmada por la Audiencia de Sevilla en diciembre del 2005. El titular del órgano de primera instancia y responsable de la ejecución de la misma, Rafael Tirado, declaró la firmeza de la sentencia de apelación en enero de 2006 y dictó un auto en el que acordó que no procedía suspender la ejecución de la condena. A pesar de ello la ejecución quedó “de facto” suspendida durante más de un año y medio, porque el juzgado no volvió sobre el caso hasta septiembre del 2007, cuando dictó una serie de diligencias que resultaron infructuosas, porque el procesado no vivía ya en la capital andaluza y fue declarado en paradero desconocido. El día siguiente a la detención de del Valle, el Juez emitió orden busca y captura contra el mismo.

A la vista de estas negligencias, el Consejo Judicial del Poder Judicial abrió una investigación que puso de manifiesto que el Juez Tirado delegaba este tipo

de tareas en la Secretaría del juzgado, que según el Juez había estado de baja un largo periodo durante el que se paralizaron las ejecutorias, lo que fue desmentido por la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía, que confirmó una baja de dicha funcionaria por un tiempo muy inferior al declarado por el Juez. La irregular actuación judicial motivó la apertura de un expediente disciplinario contra el Juez por parte del CGPJ, mientras que el Ministerio de Justicia hizo lo propio respecto de la Secretaría judicial, a la que sancionó con dos años de suspensión de empleo y sueldo. En septiembre, la Comisión Disciplinaria del CGPJ impuso al Juez Tirado una sanción económica de 1500 euros por una falta grave. En la instrucción quedó subrayada la responsabilidad de la Junta de Andalucía y de la Fiscalía, por estar ambas personadas en el proceso contra del Valle y, por tanto, habilitadas para pedir la ejecución de la condena.

La contrariedad con la que el Ejecutivo recibió esta resolución fue grande. El Presidente del Gobierno dijo que buscaría “todos los caminos legales” para aumentar la sanción a Tirado; mientras que el Ministro de Justicia anunciaba una reforma endurecida del régimen disciplinario de los jueces y se lamentaba de forma reiterada del “daño” que creaba la decisión del CGPJ, culminante de una “sucesión de enormes fallos judiciales”. Por su parte, la Fiscalía General recurrió la sanción pidiendo tres años de suspensión para el Juez por considerarlo autor de una infracción de “desatención o retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas” que la LOPJ tipifica como muy grave.

Los jueces decanos de toda España, reunidos en Cádiz el 8 de octubre, emitieron un comunicado aprobado por unanimidad en el que expresaban su “rotundo rechazo a las constantes injerencias de los responsables políticos en las facultades disciplinarias que competen exclusivamente al poder judicial”. Poco después, los Secretarios judiciales promovieron un paro laboral de tres horas para el 21 de octubre que fue secundado por los jueces, que manifestaban así su enojo y dejaban servida la polémica.

Otra noticia que ha marcado el curso de la actualidad andaluza ha sido el movimiento objetor contra la asignatura de educación para la ciudadanía, pieza clave de la reforma educativa de la pasada legislatura. El PSOE, impulsor de la reforma, ha defendido la necesidad de la asignatura y ha negado el derecho a la objeción de conciencia en las CCAA en las que cuenta con mayoría parlamentaria; mientras que el PP, contrario a la asignatura –a la que tacha de doctrinaria–, no ha tenido una posición unívoca en las CCAA en las que gobierna: rebajó los contenidos de la materia pero no se puso de acuerdo en el problema de la objeción.

En Andalucía se han presentado una parte importante de los más de 1.700 recursos contencioso-administrativos tramitados en toda España contra la Administración educativa autonómica responsable de asegurar la impartición de la asignatura. Hasta la fecha, todos los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía han estimado el derecho a objetar una asignatura en la que, a juicio de dicho Tribunal, aflora una ideología que violenta la moral de algunas personas quebrando su libertad ideológica, por lo que suspende la obligación de asistencia y superación de la asignatura de los objetores. Frente a esta postura destaca la de otros Tribunales de Justicia, singularmente el asturiano, que niega el sesgo ideológico de la asignatura y, por consiguiente, el derecho de objeción de conciencia. El asunto fue recurrido por la Junta de Andalucía ante el Tribunal Supremo, que habría de resolver a principios de 2009, aunque las Asociaciones de padres objetores ya anunciaron que si el fallo no les era favorable recurrirían al Tribunal Constitucional en amparo y, llegado el caso, al TEDH de Estrasburgo.

Uno de los más polémicos episodios de este enfrentamiento fue provocado por la decisión de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de publicar en el BOJA las resoluciones desestimatorias de casi un centenar de solicitudes de alumnos que querían objetar contra la asignatura, haciendo públicos los nombres y apellidos de los mismos. La fiscalía de Sevilla abrió diligencias en las que apreció una lesión al derecho a la intimidad de los afectados, protegido por la legislación del menor, la de protección civil del honor, la intimidad y la imagen y la legislación de protección de datos, aunque desistió de demandar a la Junta de Andalucía para evitar en los menores el impacto de un proceso judicial que, al cabo, daría mayor publicidad y trascendencia a la circunstancia. La publicación en el BOJA de los nombres de los objetores fue también amonestada por el Defensor del Pueblo Andaluz, lo que motivó que la Consejera de Educación conminara a sus servicios a preservar el nombre de los menores que figuraran como interesados en estos procedimientos.

A mediados de octubre, el Juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón dictó un auto autorizando la exhumación de 19 fosas comunes, entre ellas la del barranco de Víznar en la que supuestamente se encuentran los restos de Federico García Lorca, a petición de los familiares de las otras dos personas asesinadas junto al poeta. El auto aprecia delitos “de detención ilegal permanente sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad”. La Fiscalía recurrió la decisión por considerar que los hechos prescribieron en 1977 con la aprobación de la Ley de Amnistía, y que en el momento en que se produjeron eran delitos comunes detención ilegal y asesinato. Asimismo la Fiscalía sostuvo que la competencia no correspondía a la Au-

diencia Nacional sino a los juzgados de los lugares en los que se cometieron los hechos. Frente a ello, el auto judicial funda la competencia de la Audiencia Nacional en que el origen de los hechos es el alzamiento nacional que encajaría en el delito contra altos organismos de la Nación, no prescrito por estar conexo a las desapariciones. El recurso presentado por el Ministerio Público motivó que, a principios de noviembre, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordara paralizar “con carácter cautelarísimo” la exhumación acordada por el Juez Garzón hasta dilucidar si éste es o no competente para investigar los hechos.

Ajena a esta polémica, la familia de Lorca ha mantenido desde el principio una postura contraria a la posible exhumación de la fosa del barranco de Víznar. No obstante, sus herederos acordaron finalmente no ser ellos quienes impidan la exhumación, aunque hicieron patente su temor de “convertir en un circo” un lugar que para ellos debe preservarse para el recuerdo tal y como está.

La posible fusión de las Cajas andaluzas es otro de los asuntos que ha reclamado atención durante el ejercicio. La postura favorable del Gobierno andaluz a la fusión de las cinco Cajas andaluzas se hizo patente durante la campaña electoral, pese a que las principales Cajas negaran conversaciones al respecto y dejaran entrever su posición desfavorable, especialmente clara en el caso de Cajagranada y la cordobesa Cajasur. La desgana del sector desmoralizó al Ejecutivo andaluz y el propio Presidente Chaves pareció arrojar la toalla antes del verano. Sin embargo, la agudización de la crisis económica presentó una coyuntura favorable a la idea de la fusión, retomada por el Gobierno andaluz al creer “más madura” –en palabras de su Presidente– la posibilidad de que pudiera cuajar en esta legislatura la fusión, al menos, de la sevillana Cajasol y la malagueña Unicaja. Sin embargo, el Vicepresidente segundo y Consejero de Economía, Sr. Griñán, afirmó a finales de año que “hasta mayo del 2009 no se va a producir ningún movimiento”, aludiendo a la conveniencia de posponer las conversaciones a un momento posterior a la renovación de los órganos de gobierno de Cajasol prevista para esa fecha. También a finales de año, el Presidente Chaves planteó un “gran acuerdo” a la oposición para hacer posible las fusiones que fue rechazado por el PP, mientras que IU-CA se mostraba renuente, condicionando su apoyo a una previa modificación de la Ley de Cajas de 1999.

Finalmente, ha de señalarse que no ha faltado la controversia en torno a temas aireados como escándalos por algunos medios de comunicación, como la designación de asesores y de personal directivo de las Diputaciones, a las

que la oposición tacha de servir de cobijo para ex–altos cargos del PSOE; el alto coste del contrato de remodelación del palacio del San Telmo de Sevilla, sede de la Presidencia de la Comunidad; o ciertas irregularidades y deficiencias en la aplicación del plan de ayudas y de recolocación de los antiguos empleados de la factoría gaditana de *Delphi*, de cuyo cierre dimos cuenta en el pasado *Informe*.

PARLAMENTO

Con su nueva composición surgida de las elecciones autonómicas, el Parlamento andaluz se constituyó el 3 de abril en sesión plenaria de bajo la presidencia de Dña. Fuensanta Coves Botella, ex–Consejera de Medio Ambiente, quedando compuesta la Mesa por tres Vicepresidencias (una para cada Grupo Parlamentario), tres Secretarías (dos socialistas y una popular) y una vocalía (popular), amen del Letrado Mayor. Seguidamente quedaron repartidas las presidencias de las quince Comisiones permanentes de carácter legislativo y de las siete Comisiones permanentes no legislativas. Los Grupos parlamentarios quedaron definitivamente constituidos el 9 de abril. En el Grupo Socialista, D. Manuel Gracia Navarro continúa como Portavoz y Presidente del Grupo Parlamentario. Dña. Esperanza Oña es la Portavoz popular, aunque la Presidencia del Grupo Parlamentario la ostenta D. Javier Arenas Bocanegra. D. Diego Valderas continúa como Portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Los Verdes–Convocatoria por Andalucía.

A) Actividad legislativa

La primera de las tres Leyes aprobadas en el ejercicio resulta de la convalidación parlamentaria y tramitación como Ley del Decreto–ley 1/2008, de 3 de junio, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía. Las otras dos nacen de Proyectos de Ley presentados por el Consejo de Gobierno.

– *Ley 1/2008, de 27 de noviembre, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía, y de agilización de procedimientos administrativos* (BOJA núm. 245, de 11 de diciembre).

Aprobado el Decreto–ley 1/2008, de 3 de junio, el Consejo de Gobierno lo remitió a la mesa del parlamento y éste acordó, en su sesión plenaria de 25 de junio de 2008, su convalidación y tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia en aplicación de lo previsto por el artículo 111 del

nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. La Ley, como quedó dicho, amplía el conjunto de medidas previstas por aquel Decreto-ley.

– *Ley 2/2008, de 10 de diciembre, por la que se regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población* (BOJA núm. 255, de 24 de diciembre).

La Ley se dicta en desarrollo de la Ley estatal 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno Local con el fin de implementar plenamente la categoría legal de municipio de gran población y, en consecuencia, que los municipios que tengan dicha condición puedan adaptar su régimen organizativo a lo dispuesto en el Título X de la LBRL. La medida se aplicará a los municipios andaluces que sean capitales de provincia y cuya población no supere los 175.000 habitantes, así como a los que tengan más de 75.000 habitantes y presenten especiales circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales. También regulará el acceso a esta categoría de los municipios que sean sede de instituciones autonómicas. Por el contrario, se excluyen los de más de 250.000 habitantes y las capitales de provincia con más de 175.000, ya que el acceso de estas ciudades a la condición legal de municipio de gran población se regula directamente por la legislación estatal.

– *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2009* (BOJA núm. 259, de 31 de diciembre).

Proyectos de Ley

– *Reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía* (11-07-2008)

– *Tramitación como proyecto de Ley del Decreto-Ley 2/2008, de 9 de diciembre, del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía* (23-12-2008)

Proposiciones de ley

Del Grupo Popular:

– *Relativa a modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía* (06-05-2008)

– *Relativa a modificación de la Ley 1/2004, de 17 de diciembre de 2004, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía* (06-05-2008)

– *Relativa a participación de las Corporaciones Locales en los ingresos de la Comunidad Autónoma* (23-05-2008)

– *Sobre el derecho de tiempos máximos de respuesta en listas de espera del sistema sanitario público de Andalucía* (28-05-2008)

– *Relativa a ejercicio de competencias normativas en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía* (09-06-2008)

– *Relativa a medidas a favor de las víctimas del terrorismo* (25-06-2008)

– *Relativa a convivencia escolar* (16-07-2008)

– *Relativa a unidades especiales de seguridad ciudadana en los cuerpos de Policía Local de Andalucía* (22-12-2008)

– *Relativa a Agencia Andaluza de Evaluación de la Ley de Dependencia* (22-12-2008)

Del Grupo Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía:

– Ha presentado tres proposiciones Ley *relativas a la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía* (17-04, 16-06 y 10-10-2008)

B) Actividad parlamentaria en general

1. Debates generales ante el Pleno

– *Debate de Investidura*

Los días 16 y 17 de abril tuvo lugar el debate de investidura. Como está reglado, el debate comenzó con el discurso del candidato propuesto por el grupo mayoritario, el Sr. Chaves, para su investidura como Presidente de la Junta de Andalucía. El discurso se centró principalmente en desgranar las líneas del desarrollo estatutario, donde el candidato hizo hincapié en los problemas de la Administración Local para los que, junto al acuerdo sobre financiación, solicitó el diálogo y la colaboración de los Grupos de la oposición. Especial importancia cobraron las cuestiones económicas y tributarias y la conocida concertación social como ejes en los que cimentar la recuperación del deterioro económico y el empleo que, a esas alturas del año, ya se empezaba a reconocer desde las filas del Gobierno. También fueron extensamente tra-

tados temas ambientales, como la lucha contra el cambio climático y la planificación y el desarrollo territorial sostenible. Al hilo de esta última cuestión, el candidato anunció importantes inversiones en infraestructuras de transporte. En materia social, el candidato dijo que la legislatura sería recordada como la de la plena realización del derecho de acceso a la vivienda, lo que destacó junto al desarrollo de la atención a la dependencia y nuevas prestaciones sanitarias. Una gran novedad fue la previsión de una página *web* de seguimiento de los 97 compromisos que el candidato lanzó en su discurso de investidura para que la ciudadanía pudiera hacer una observancia permanente y actualizada del estado de ejecución de tales compromisos a lo largo de toda la legislatura (www.juntadeandalucia.es/compromisos20082012)

La mañana del 17 de abril se reanudó la sesión con las intervenciones de los portavoces de la oposición. El Sr. Arenas, Presidente del Grupo Popular y portavoz en el debate, dedicó una parte importante de su discurso a airear las magnitudes de la crisis económica y sus incisivas repercusiones en la Comunidad andaluza, subrayando el carácter agotado del proyecto de gobierno y reiterando su intención de liderar un de cambio desde la oposición que en el futuro “permita sacar a Andalucía de la cola del pelotón autonómico”. Por su parte, el Sr. Valderas, portavoz de IU-CA dijo no creer que el Gobierno tuviera “margen de movimiento” frente al Gobierno central. Se quejó del tono reiterativo del candidato, que retomaba –a su juicio– propuestas irrealizadas de legislaturas anteriores y expresó el rechazo de su Grupo a un programa que, al igual que el Grupo de oposición mayoritario, tachó de agotado y falto de credibilidad. Es de recordar que hace cuatro años, en la anterior legislatura, el Sr. Chaves fue investido con el único rechazo del Grupo Popular, puesto que tanto Izquierda Unida como el Partido Andalucista optaron por la abstención. Cerró la sesión, por la tarde, el Portavoz socialista Sr. Gracia, que alabó las iniciativas expuestas por el líder de su partido en Andalucía que –en sus palabras– “colmaban y satisfacían” a su Grupo, que igualmente se congratulaba de la apuesta del candidato por el consenso y el diálogo.

La votación final arrojó un resultado favorable a la investidura del Sr. Chaves de 56 votos a favor y 52 en contra, por lo que fue nombrado Presidente de la Junta de Andalucía por su Majestad el Rey por sexta vez consecutiva.

Otros Debates generales

– *Acerca de la política de aguas*, 14 de mayo (Grupos Parlamentarios proponentes: socialista, popular y IU-CA).

– *Sobre la reforma de la financiación autonómica y la financiación local*, 25 y 26 de junio (Grupos Parlamentarios proponentes: socialista, popular y IU-CA).

– *Sobre la crisis económica en Andalucía*, 10 y 11 de septiembre (Grupos Parlamentarios proponentes: popular y IU-CA).

– *Sobre las repercusiones para Andalucía del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009*, 8 y 9 de octubre (Grupos Parlamentarios proponentes: socialista, popular y IU-CA).

– *Sobre el empleo en Andalucía*, 10 y 11 de diciembre (Grupos Parlamentarios proponentes: popular y IU-CA).

2. *Proposiciones no de Ley*

Se apuntan los temas principales sobre los que versaron las 125 Proposiciones no de Ley presentadas al Pleno tras la constitución del nuevo Parlamento.

– *del Grupo Parlamentario Socialista*: medidas económicas; apoyo a la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos; cambio climático; eficiencia energética en la flota pesquera; ampliación de la cobertura de servicios de banda ancha; jornada laboral de 48 horas y negociación colectiva; modernización de los servicios sociales comunitarios; financiación de las corporaciones locales; aplicación de la Ley de la Memoria Histórica en Andalucía; impulso de las competencias de disciplina urbanística; financiación de la Ley de Dependencia; objetivos de calidad en el servicio de justicia gratuita; medidas sobre el empleo; actuaciones con relación a los precios de productos alimenticios.

– *del Grupo Parlamentario Popular*: violencia de género; modificación de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración Autonómica; aumento de la inversión educativa por alumno; contenidos de la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos; medidas por una vivienda digna; acercamiento de la actividad parlamentaria a la población; situación económica de los Ayuntamientos andaluces; impulso de la red ferroviaria; mejora de la atención sanitaria en verano; pluralidad informativa y acceso a la libre información; creación fondo para atender situaciones impago hipotecas y medidas de acceso y mantenimiento de la vivienda; reforma de la PAC; garantía de las políticas sociales; fondo estatal para los ayuntamientos; recorte del gasto público en la organización de la Administración andaluza y altos cargos; relaciones con Ceuta y Melilla; incumplimiento Estatuto de Auto-

nomía relativo a la cuantificación de la deuda histórica; Agencia Andaluza de Evaluación Ley de Dependencia; creación de la Oficina Andaluza contra el cambio climático; gratuidad de los libros de texto en Educación Infantil y sustitución del sistema de préstamo por el de propiedad; política sostenible y solidaria del agua; fomento de planes locales de empleo; medidas para paliar los daños por catástrofes naturales en la agricultura.

– *del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes–Convocatoria por Andalucía*: acceso a viviendas protegidas de personas divorciadas; traspaso de competencias ferroviarias a la Comunidad Autónoma; viviendas vacías; revisión de la política agraria común; situación de los juzgados de paz; declaración de Andalucía como espacio libre de transgénicos; apoyo a los trabajadores del medio rural; Plan Forestal Andaluz; creación del observatorio de sostenibilidad; centros de internamiento de extranjeros y situación de los inmigrantes; crisis del sector ganadero; espacio radioeléctrico en Andalucía; financiación de los ayuntamientos; agilidad para la tramitación de los PGOU y construcción de vivienda; actuaciones para mejorar la situación del mundo rural; convenio único para el campo; dotación de suelo público; defensa y desarrollo de la universidad pública; universalización de plazas públicas del primer ciclo de educación infantil.

3. Interpelaciones

– *del Grupo Parlamentario Popular de Andalucía*: relativas a política general en materia de política general en materia de agricultura; de empleo; infancia y familia; tesorería y deuda pública; dependencia; aguas; materia presupuestaria; financiación local; suficiencia financiera de los Ayuntamientos; subvenciones a las Corporaciones Locales; industria; justicia; vivienda; política de personal de la Consejería de Salud; medidas gubernamentales para reducir la brecha tecnológica entre Andalucía y su entorno; medidas del Ejecutivo ante la crisis económica; función pública; educación; ejercicio de competencias normativas sobre tributos cedidos; y política de empleo.

– *del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes–Convocatoria por Andalucía*: relativas a política I+D+I en Andalucía; financiación local; vivienda; y aplicación de la Ley de dependencia.

4. Mociones

– *del Grupo Parlamentario Popular de Andalucía*: relativas a política general en materia de agricultura; tesorería y deuda pública; materia presupuestaria; suficiencia financiera de los Ayuntamientos; y en materia de industria.

5. Comparecencias ante el Pleno

Se presentaron 171 solicitudes de comparecencia al Gobierno, la inmensa mayoría de las cuales suscritas por el Grupo popular. 40 de ellas solicitaban la comparecencia del Consejo de Gobierno ante el Pleno de la Cámara y el resto de distintos miembros del Gobierno.

6. Preguntas al Gobierno

Desde el inicio de la VIII Legislatura se han presentado 3.888 preguntas escritas al Gobierno; 837 preguntas orales en Comisión y 430 preguntas orales en Pleno.

GOBIERNO

La primera medida acordada por el Presidente de la Junta de Andalucía tras su nueva investidura fue la designación y reordenación de su Gobierno mediante Decreto 10/2008, de 19 de abril (BOJA núm. 79, de 21 de abril). En este punto, las novedades más importantes son la creación de dos Vicepresidencias, la primera atribuida al titular de la Consejería de Presidencia y la segunda al de Economía (por Decreto 304/2008, de 20 de mayo, se regularon los Gabinetes correspondientes a esos dos nuevos altos cargos) y la reordenación de las Consejerías, en número de quince, lo que supone crear una más respecto de la pasada legislatura por la división de la anterior Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte en dos nuevas Consejerías: de *Obras Públicas y Transporte* con amplias competencias en materia de infraestructuras, de un lado, y de *Vivienda y Ordenación del Territorio* de otro, que aglutina ahora la materia urbanística y de ordenación territorial.

Seguidamente se fueron aprobando los nuevos Decretos que regulan la estructura orgánica las distintas Consejerías y la atribución de funciones a sus órganos y centros directivos: Decreto 85/2008, de 22 de abril, de estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia (BOJA núm. 83, de 25 de abril); Decreto 116/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Economía y Hacienda (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 117/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 118/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 119/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 120/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Agricultura y

Pesca (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 121/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Educación (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 122/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social (BOJA núm. 87, de 2 de mayo), modificado puntualmente por el Decreto 523/2008, de 9 de diciembre (BOJA núm. 246, de 12 de diciembre); Decreto 123/2008, de 29 de abril, de la Consejería de Cultura (BOJA núm. 87, de 2 de mayo); Decreto 191/2008, de 6 de mayo, de la Consejería de Gobernación (BOJA núm. 92, de 9 de mayo); Decreto 192/2008, de 6 de mayo, de la Consejería de Obras Públicas y Transportes (BOJA núm. 92, de 9 de mayo); Decreto 193/2008, de 6 de mayo, de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 92, de 9 de mayo); Decreto 194/2008, de 6 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente (BOJA núm. 92, de 9 de mayo); Decreto 239/2008, de 13 de mayo, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio (BOJA núm. 97, de 16 de mayo); y Decreto 305/2008, de 20 de mayo, de la Consejería de Justicia y Administración Pública (BOJA núm. 102, de 23 de mayo).

Por su parte, el Decreto 389/2008, de 17 de junio (Consejería de la Presidencia), reguló la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno, sumando dos (una en materia de *Innovación* y otra para el *Cambio Climático y Acción Territorial*) a las dos que ya funcionaban en materias de *Bienestar Social y Asuntos Económicos*; asimismo adscriben a estas Comisiones Delegadas las doce Comisiones interdepartamentales que hasta ahora estaban adscritas a distintas Consejerías.

Ejercicio de las competencias

La acción de gobierno desplegada en el ejercicio ha sido importante. De la cincuentena de disposiciones administrativas generales hay algunas que, por su ámbito o repercusión, merecen comentadas brevemente en este *Informe*.

En materia de *agricultura* hay varias disposiciones de interés. En primer lugar destaca el Decreto 7/2008, de 15 de enero, que renueva el distintivo de calidad de los productos provenientes de la llamada “producción agrícola integrada”. A medio camino entre la actividad agraria convencional y la ecológica, la producción integrada obtiene alimentos de calidad a través de métodos sostenibles de fertilización, técnicas fitosanitarias, riego y eliminación de residuos. Con 291.000 hectáreas, 222 agrupaciones y 92 operadores individuales, Andalucía es la primera Comunidad Autónoma española en el desarrollo de este sistema productivo, que comenzó a implantarse en 1995 y que, durante los últimos cuatro años, ha duplicado una superficie productora en la que los principales cultivos son el olivar, el algodón, el arroz y la remolacha. Actual-

mente están en vigor 20 reglamentos donde se recogen los requisitos específicos exigidos para la concesión del distintivo de garantía a otros tantos productos (11 agrícolas, 3 ganaderos y 6 industriales).

En la mejora de la calidad de la producción agrícola también destaca el Decreto 402/2008, de 8 de julio, de regulación de mercados de productos agrarios en zonas de producción y su registro. Se trata de una disposición especialmente demandada por el sector hortofrutícola, cuya finalidad principal es aumentar la calidad de la producción y la transparencia en los precios. Su ámbito afecta a cerca de 200 entidades y asociaciones (lonjas, alhóndigas y cooperativas) dedicadas a la comercialización de productos agroalimentarios y que en áreas como la hortofrutícola almeriense aglutinan más del 40% de la producción. El Decreto obliga a producir conforme a estándares normalizados y a implantar sistemas de control de calidad, así como de trazabilidad en la comercialización, de modo que estos instrumentos, hasta ahora voluntarios, pasan a ser obligatorios. Otra de sus novedades es la creación, dentro del Registro de Mercados, de una sección para las denominadas “mesas de precios” –inspiradas en las que ya funcionan en el sector porcino–, que son foros constituidos por compradores, vendedores e intermediarios cuyo objetivo es fijar precios orientativos que sirvan de referencia para las contrataciones.

En materia de desarrollo agrícola y rural, el Reglamento 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) define el enfoque *Leader* como un método sistemático de intervención sobre un ámbito territorial concreto en el que se aplica una “estrategia de desarrollo territorial” en la que el “Grupo de Desarrollo Rural” es el protagonista fundamental de su ejecución. Cada Grupo de Desarrollo Rural, tal y como establece el Reglamento 1698/2005, deberá elaborar una Estrategia de Desarrollo Rural ampliamente participada por los distintos agentes territoriales. En este contexto, el Decreto 506/2008, de 25 de noviembre, regula y convoca el procedimiento de selección de los Grupos de Desarrollo Rural de Andalucía (GDR) que gestionarán los nuevos programas previstos en este ámbito en los próximos cinco años. Con esta norma, la Junta de Andalucía pone en marcha el Plan de Desarrollo Rural 2007–2013, cuyos fondos se destinarán a la ejecución de proyectos de diversificación económica y mejora de los sectores agrarios, del medio ambiente y de la calidad de vida con incidencia en el 90% del territorio andaluz.

En el sector de *industria y de la sostenibilidad energética* es de señalar que, durante la última década, Andalucía ha crecido por encima de la media española en las principales variables. Así, en lo que se refiere al Valor Añadido Bru-

to (VAB), la industria andaluza ha pasado de 7.957 millones de euros (el 8,8 % del total de la industria española) en 1995 a 15.687 millones en 2006 (el 9,85 % del VAB industrial español). El empleo industrial ha crecido de 210.983 ocupados en 1995 a 262.231 en el 2006, lo que supone un crecimiento del 24,3 % frente 13% de media nacional. Andalucía también ha ganado terreno en materia de ventas industriales, ocupando los últimos años el segundo lugar entre las CCAA llegando el pasado ejercicio a los 46.868 millones de euros (el 11,2 % del total nacional). Este es el contexto en el que se aprueba el Plan Andaluz de Desarrollo Industrial (PADI 2008–2013) por Decreto 10/2008, de 22 de enero, que prevé destinar 4.254 millones de euros a la mejora de la capacidad de innovación, internacionalización y diversificación del tejido industrial de la Comunidad Autónoma. En íntima conexión con el PADI, no debe pasarse por alto la publicación en el BOJA, en marzo de 2008, del Plan Andaluz de Sostenibilidad Energética (PASENER 2007–2013) de noviembre de 2007. Se trata de un documento importante, pieza esencial de aplicación de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables. Con una inversión total de 641 millones de euros, el Plan prevé que en 2013 se produzca con fuentes renovables el 31,8% de la energía eléctrica, equivalente al consumo del 90% de los hogares andaluces. Asimismo prevé que el 18,3% del total de energía primaria proceda de fuentes renovables. Respecto al fomento del ahorro y la eficiencia, el plan propone reducir en un 8% el actual consumo de energía primaria y situar el consumo de biocarburantes en el 8,5% del consumo total de gasolinas y gasóleos en el sector del transporte (actualmente el 1%). En esta actividad económica se prevé un ahorro anual de casi 600 kilotoneladas equivalentes de petróleo (Ktep), que es lo que consumen 685.000 vehículos. Se prevé que estas medidas signifiquen la reducción en torno al 20% de las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) por unidad de generación y se evitará la emisión de otros 11 millones de toneladas de este contaminante a la atmósfera. En materia de infraestructuras y calidad del suministro eléctrico, el PASENER plantea disminuir en un 33% el tiempo total de interrupciones del suministro, objetivo prioritario tras los graves incidentes de 2004.

Junto a este Plan ha de tenerse en cuenta el Decreto 50/2008, de 19 de febrero, que desarrolla la Ley de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de 2007 a fin de unificar y agilizar los distintos procedimientos administrativos aplicables a las instalaciones de energía solar fotovoltaica. Andalucía está experimentando un importante crecimiento en la generación de electricidad mediante este tipo de instalaciones. La comunidad ha pasado de contar con una potencia fotovoltaica instalada de 15,4 MW a finales de 2006 a los más de 46,5 MW en instalaciones conectadas a la red eléc-

trica a principios de 2008, a los que habrá que ir sumando los 416,3 MW que cuentan con autorización para ser instaladas y conectarse a la red. Junto a este tipo de instalaciones existen otras no conectadas a la red que generan un total de 6.231 KW para viviendas de difícil acceso, para las líneas eléctricas convencionales o para pequeños sistemas de bombeo de agua.

En el ámbito de las *infraestructuras y obras públicas* sobresale el Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte en Andalucía (PISTA 2007–2013), aprobado por el Decreto 457/2998, de 16 de septiembre. El Plan, que toma el relevo del Plan Director de Infraestructuras de Andalucía 1997–2007, se convierte en la principal referencia planificadora en materia de infraestructuras del transporte para los próximos 5 años, en los que pretenden conseguirse cinco grandes objetivos. El primero es favorecer en el transporte el uso racional y sostenible de los recursos naturales y disminuir la emisión de gases de efecto invernadero. Un segundo objetivo es mejorar la eficiencia económica y energética del transporte como elemento clave para la organización y funcionamiento de las actividades productivas. El tercero es intervenir de forma diferenciada en las ciudades y pueblos de las áreas rurales, en las ciudades medias, y en las aglomeraciones urbanas formadas por el entorno de las capitales provinciales y el Campo de Gibraltar. El cuarto es impulsar las infraestructuras del transporte y favorecer el uso del transporte público. Por último, el quinto objetivo, es mejorar la articulación y la cohesión territorial.

Las propuestas relativas a la red ferroviaria se dirigen a garantizar las conexiones exteriores de altas prestaciones de las capitales andaluzas con el resto de la Península, así como las conexiones transversales dentro del territorio andaluz. El objetivo es que en 2013 todas las capitales estén unidas por estos servicios ferroviarios. Respecto a la red viaria, el Plan incluye nuevas conexiones exteriores de gran capacidad y autovías interiores, comprendiendo un total 3.000 kilómetros. La mejora del sistema aeroportuario, integrado por seis aeropuertos que transportaron más de 22 millones de pasajeros en 2007, es otro de los objetivos, que se complementa con un plan de enlaces entre aeropuertos mediante trenes de alta velocidad. En el capítulo de movilidad en áreas metropolitanas, el Plan refuerza y amplía los Consorcios de Transporte en todas las Provincias, además de impulsar nuevas infraestructuras como los metros de Sevilla, Granada y Málaga. En el transporte de mercancías se proyecta el desarrollo de la Red de Áreas Logísticas de Andalucía, formada por los nodos portuarios de Bahía de Algeciras, Huelva, Bahía de Cádiz, Málaga, Sevilla, Almería y Motril, y por los nodos interiores de Jaén, Córdoba, Granada y Área Central de Andalucía, y que conllevará la construcción de centros de trans-

porte y zonas de actividades logísticas de interés autonómico, cuya superficie total se incrementará en 1.000 hectáreas. Por último, se prevé alcanzar en 2015 los 25.000 puntos de atraque en los puertos deportivos andaluces mediante obras de ampliación de los ya existentes y la creación de nuevas infraestructuras de acuerdo con lo que prevea la ordenación territorial.

En materia de *vivienda* destacábamos en los rasgos generales de este *Informe* la aprobación del Decreto 395/2008, de 24 de junio, que aprueba el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008–2012. El Plan prevé la construcción de 132.000 viviendas protegidas y la rehabilitación de otros 135.378 a fin de alcanzar el objetivo de que cuatro de cada diez viviendas construidas en Andalucía tengan algún tipo de protección al final de la presente legislatura. El Plan se orienta a tres grandes objetivos: promover el acceso a la vivienda protegida en régimen de compra y alquiler, asegurar la dotación de suelo urbanizado para ello y avanzar en la rehabilitación del parque residencial. Dentro del primer objetivo, el Plan Concertado contiene medidas para fomentar el acceso a la propiedad diferenciando los destinatarios de las mismas por su nivel de ingresos y estableciendo tramos de ingresos para cada programa. Igualmente recoge programas de acceso en régimen de arrendamiento y para fomentar el arrendamiento del parque residencial desocupado. En líneas generales se prevén ayudas económicas para que el esfuerzo económico de las personas que acceden a cualquiera de los programas no supere un tercio de sus ingresos en caso de compra y del 25% en supuestos de alquiler; aunque también se contemplan ayudas para familias con especiales dificultades sociales o en riesgo de exclusión social. La segunda línea que establece este Plan es la rehabilitación del parque residencial existente y mejora de habitabilidad en infraviviendas. Las actuaciones de rehabilitación integral de ámbitos urbanos podrán realizarse a iniciativa de la Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, o por iniciativa de los respectivos Ayuntamientos donde se ubique dicho ámbito urbano. La tercera línea son medidas para la urbanización de suelo con destino a la promoción de viviendas protegidas y para la obtención de suelo a urbanizar para su incorporación a los patrimonios municipales y al Patrimonio Autonómico de Suelo. El Plan fomenta la elaboración de los Planes Municipales de Vivienda y Suelo, que deben determinar la proporción de los distintos regímenes de viviendas protegidas para dar satisfacción a las necesidades concretas detectadas entre sus vecinos.

En este contexto destaca el también antes citado Decreto 43/2008, de 12 de febrero, sobre condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf. La norma, cuya aprobación coeja desde el año 2000, nace con el ob-

jetivo de evitar la proliferación desmedida de núcleos urbanos en suelo no urbanizable alrededor de estas instalaciones y minimizar el impacto medioambiental de las mismas. A tal efecto, el Decreto exige que la implantación de un campo de golf esté expresamente prevista en la planificación urbanística o territorial correspondiente, lo que fue visto por el sector como una suerte de paralización o de moratoria a estos proyectos (aliviada para los que sean declarados “de interés turístico” –como vimos– por la Ley 1/2008, de 27 de noviembre, que resultó de la tramitación parlamentaria del Decreto–Ley 1/2008). Asimismo exige que se trate de una actuación aislada que no induzca a la formación de nuevos asentamientos en el caso de que el campo de golf se implante en suelo no urbanizable y asegurando, en el caso de suelo urbano o urbanizable, la unicidad e independencia del correspondiente sector respecto de los residenciales. Por otra parte, dado el gran consumo de agua que requieren estas instalaciones, se establece la preceptiva autorización del organismo de cuenca bajo las condiciones que establezca el plan hidrológico correspondiente, así como la obligación de elaborar un plan de conservación.

En materia de *ayuda social y ayuda a las familias*, es de resaltar el Decreto 64/2008, de 26 de febrero, que modifica de nuevo el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas con la finalidad de poner en marcha el plan de acceso universal al servicio público de guarderías. Por su parte, el Decreto 415/2008, de 22 de julio adopta una medida pionera en España que ya estaba prevista en el Plan de Apoyo a las Familias Andaluzas: garantizar a la población infantil menor de un año el derecho a la prestación farmacéutica gratuita. Actualmente, los niños menores de un año (en torno a 95.000), abonan –al igual que el resto de la población– entre el 40 y el 10% del precio de venta de los fármacos, porcentaje que a partir de ahora será asumido íntegramente por la Administración sanitaria con un coste anual previsto de 4,5 millones de euros.

Siguiendo con las cuestiones sociales también es de resaltar el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de octubre de 2008, que aprueba el I Plan de Acción Integral para las Mujeres con Discapacidad 2008–2013 que contempla una serie de ayudas para contrarrestar la situación de discriminación que sufre este colectivo, integrado en Andalucía por más de 400.000 personas (el 58% de la población total con discapacidad). Este Plan se complementa con el Plan de empleabilidad para las personas con discapacidad, de ahí que en el área de igualdad en el empleo se remita a este otro Plan, coincidentes en el período de ejecución.

En materia de dependencia hay que dejar constancia del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de noviembre por el que se establecen los crite-

rios de distribución de los créditos entre Ayuntamientos con población superior a 20.000 habitantes y Diputaciones Provinciales al objeto de financiar la atención a las personas en situación de dependencia.

En lo referente a *ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresa* se recordará que Andalucía es una de las regiones que puede acogerse a la excepción del artículo 87.3.a) del Tratado para el período 2007–2013 (por autorizarlo así la Comisión Europea mediante Decisión de 20 de diciembre de 2006). Siguiendo las previsiones del Derecho Comunitario europeo, el programa de ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas a conceder por la Administración de la Junta de Andalucía se remitió a la Comisión Europea y se registró como Ayuda N 598/2006. A la espera de que recayese una Decisión favorable sobre el mismo por parte de la Comisión, el Gobierno andaluz aprobó el Decreto 21/2007, de 30 de enero, que estableció el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pymes para el periodo 2007–2009. Mediante Decisión de 21 de mayo de 2008, la Comisión dio luz verde al régimen de ayudas del Decreto 21/2007, aunque solicitó información adicional sobre algunos extremos y la introducción de modificaciones en el mismo. Las modificaciones que habían de hacerse a resultas de este periodo de comunicación eran de calado, lo que justifica más que la reforma del anterior Decreto 21/2007, su derogación y sustitución por un nuevo texto: el Decreto Decreto 394/2008, de 24 de junio. Asimismo debe consignarse que aunque la Decisión del régimen 598/2006 autorizó las ayudas hasta el 31 de diciembre de 2009, la Junta de Andalucía ha solicitado una ampliación de las mismas hasta el 31 de diciembre de 2013.

El Decreto 400/2008, de 8 de julio, aprueba marco regulador de las *ayudas de Investigación y Desarrollo Tecnológico e Innovación concedidas a empresas*. La norma comprende las ayudas concedidas directamente por la Administración autonómica como las que ésta gestiona procedentes de fondos europeos para apoyar la realización de proyectos empresariales de I+D y para estudios de viabilidad técnica previos a las actividades de investigación. El Decreto es uno de los pilares importantes de la política andaluza de fomento de I+D+i en el marco del Plan de Innovación y Modernización de Andalucía 2005–2010, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno el 7 de junio de 2005, en el que también se inserta el Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2007–2013), aprobado por Decreto 86/2007, de 27 de marzo. El nuevo marco recoge modalidades de incentivos dirigidas a la obtención y validación de patentes y otros derechos de propiedad industrial; fomento de empresas jóvenes e innovadoras; innovación en procesos y organización en acti-

vidades de servicios; asesoramiento y fomento a la innovación; préstamo, en régimen de comisión de servicios y a favor de las pymes, de personal altamente cualificado procedente de organismos de investigación sin ánimo de lucro o grandes empresas, y, finalmente, constitución, ampliación y animación de agrupaciones innovadoras.

Por otra parte, el hecho normativo más destacado para el llamado *tercer sector* ha sido el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, que aprueba el Reglamento de Fundaciones en desarrollo de la Ley 10/2005, de 31 de mayo. Su finalidad principal es establecer un mayor control en el régimen económico de las Fundaciones, especialmente en lo referente a la disposición y enajenación de su patrimonio, exigiendo la autorización de la Administración autonómica para la venta de bienes cuyo valor supere el 20% del activo de la entidad. Además, la norma desarrolla los supuestos recogidos en la Ley sobre el sometimiento de las fundaciones a auditorías externas en sus cuentas anuales, entre ellos que su patrimonio o ingresos superen los 2,4 millones de euros y que el número de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 30. En el caso de las Fundaciones del sector público se establece que la realización de la auditoría externa corresponda a la Intervención General de la Junta de Andalucía.

Finalmente, en *materia educativa* son muchas las disposiciones que han desarrollado las previsiones de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía. Destaca, en primer lugar, el Decreto 416/2008, de 22 de julio, por el que se ordenan las enseñanzas correspondientes al Bachillerato en Andalucía de conformidad con las bases estatales de la Ley Orgánica de Educación de 2006 y el Real Decreto de enseñanzas mínimas de 2007. El Decreto andaluz organiza las enseñanzas de Bachillerato en tres modalidades, una menos que hasta ahora, al fundirse en “Ciencias y Tecnología” los anteriores Bachillerato Tecnológico y de Ciencias de la Naturaleza y de la Salud, manteniéndose los de “Artes y Humanidades” y “Ciencias Sociales”. De acuerdo con la regulación estatal, se introduce la nueva asignatura “Ciencias para el Mundo Contemporáneo” en primer curso, y “Filosofía” pasa a denominarse “Filosofía y Ciudadanía”. Ambas se cursarán con carácter obligatorio en las tres modalidades de Bachillerato. Asimismo se establece la obligatoriedad de cursar la segunda lengua extranjera en primero. En segundo todos los centros deberán ofertarla, aunque será de libre elección para los alumnos. En el bloque de materias optativas, cuya regulación corresponde en exclusiva a la Comunidad Autónoma, se implanta la nueva asignatura, “Proyecto Integrado”, que completará la formación del alumnado en aspectos científicos relacionados con la modalidad que curse, tanto en primero como en segundo curso.

Asimismo, serán de nueva creación y de oferta obligatoria en segundo las materias de “Tecnologías de la Información” y “Comunicación” para todas las modalidades; e “Historia de la Música y de la Danza” para los Bachillerato de “Arte y Humanidades” y de “Ciencias Sociales”. Uno de los aspectos más polémicos de esta disposición es que –en línea con lo que viene haciendo la legislación educativa para contrarrestar el fracaso– flexibiliza aún más la optatividad y, sobre todo, el régimen de superación de los cursos académicos.

Por su parte, el Decreto 436/2998, de 2 de septiembre, regula la organización de las enseñanzas de formación profesional inicial que forman parte del sistema educativo en la Comunidad Autónoma, establece modalidades en la oferta de las mismas y determina las características fundamentales que habrá de tener el currículo de las enseñanzas correspondientes a cada uno de los títulos de formación profesional. La norma desarrolla la legislación básica estatal y sienta las premisas para poder adaptar el catálogo de títulos a las necesidades del mercado, así como para ampliar y facilitar las vías de acceso a estos estudios mediante modalidades no presenciales. Con el mismo objetivo de facilitar al máximo el acceso a la FP, se recoge la posibilidad de realizar pruebas dirigidas al alumnado que no tiene el título exigido (Graduado en Educación Secundaria Obligatoria en el caso del Grado Medio y Bachillerato en el de Grado Superior). Para favorecer la conexión de la FP con el ámbito laboral, el Decreto establece la inclusión de módulos de formación en centros de trabajo para todos los ciclos y la ampliación de los programas de prácticas en la Unión Europea.

El Decreto 428/2008, de 29 de julio, adapta a la legislación básica estatal las enseñanzas de Educación Infantil en Andalucía. La norma establece las bases para su universalización progresiva en todo el tramo de 0 a 6 años incrementando progresivamente la oferta de plazas en centros financiados por la Junta que impartan exclusivamente el primer ciclo, con un horario ininterrumpido de 7.30 a 20.00 de lunes a viernes, durante once meses. Con el fin de universalizar la Educación Infantil, la Administración autonómica ofertará durante los próximos cuatro años un total de 100.000 plazas de primer ciclo y, de acuerdo con el Decreto, seguirá incrementando esta cantidad hasta cubrir toda la demanda en la siguiente legislatura. Las familias colaborarán en la financiación de estas plazas según el nivel de ingresos económicos, mientras que, en el segundo ciclo (de 3 a 6 años), la gratuidad está garantizada desde el curso 2007–2008, tal y como recoge el nuevo Estatuto de Autonomía.

Asimismo es de tener en cuenta el Decreto 435/2998, de 2 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Evaluación

Educativa, organismo previsto en la Ley 17/2007 de Educación de Andalucía para evaluar y acreditar la labor del personal docente y el rendimiento del alumnado.

CONFLICTIVIDAD

Las controversias planteadas ante el Tribunal Constitucional en el año 2008 fueron singularmente escasas, reduciéndose a dos, ambas promovidas contra Leyes andaluzas:

– Recurso de inconstitucionalidad núm. 321–2008, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Providencia de 12 de febrero de 2008, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra los arts. 13, 33.2; 40.1.a), inciso primero del último párrafo; 41.1.c), párrafo segundo y 47.1 y 3 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía (BOJA núm. 46, de 6 de marzo).

– Recurso de inconstitucionalidad núm. 7258–2008, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Providencia de 7 de octubre 2008, promovido por el Presidente del Gobierno contra los arts. 4.b), 16.2 y 3 y 20.3 de la Ley de Andalucía 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, invocando el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados (BOJA núm. 213, de 27 de octubre). Con ello, queda suspendida la facultad de la Junta de Andalucía para autorizar las ocupaciones y utilidades del dominio público portuario destinadas a uso hotelero y para compatibilizar el uso portuario con actividades de tipo cultural, deportivo, educativo o ferial que, en cada caso, prevea el Plan de uso de los espacios portuarios.

Son de destacar dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que resuelven recursos de inconstitucionalidad planteados por la Junta de Andalucía y que, pese a ser de finales de 2007, fueron publicados en el BOE en el mes de enero. En primer lugar la STC 248/2007, de 13 de diciembre de 2007 (Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes), por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el artículo 76 y las cuantías fijadas en la sección 32 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2003. El recurso se interpuso por el desacuerdo con la participa-

ción de la Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado mediante el fondo de suficiencia. La sentencia, que desestima el recurso, argumenta sobre los principios de autonomía y suficiencia financiera y cuenta con dos Votos particulares concurrentes suscritos, respectivamente, por los Exmos. Sres. Conde Martín de Hijas y Rodríguez-Zapata Pérez. En segundo lugar destaca la STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007 (Ponente Exmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se impugnaban en dicho recurso diversos preceptos de la citada Ley Orgánica relativos a los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación, huelga y tutela judicial cautelar que se entendían restringidos por la reforma del régimen de extranjería. La sentencia declara la parcial desaparición sobrevenida del objeto procesal, puesto que la STC 236/2007, de 7 de noviembre, ya apreció la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos cuestionados por este recurso, aunque estima parcialmente el recurso por apreciar aquí la inconstitucionalidad de otros tres preceptos de dicha Ley. Al igual que hiciera respecto de la STC 236/2007, el Exmo. Sr. Conde, formula un voto particular al que se adhieren los Exmos. Sres. Rodríguez-Zapata y García-Calvo.

Finalmente ha de consignarse que el proverbial colapso que sufre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en Andalucía, reiteradamente denunciado por jueces, fiscales y señalado por las memorias del CGPJ, ha sido condenado por el Tribunal Constitucional en su STC 93/2008, de 21 de julio, que ampara a un ciudadano marroquí en su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas a raíz de que un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Málaga señalase el juicio contra la denegación de la autorización de residencia a dos años y medio vista desde la interposición del recurso.

ACTIVIDAD DE OTRAS INSTITUCIONES ESTATUTARIAS

Cámara de Cuentas

La actividad institucional de la Cámara durante el ejercicio ha quedado marcada por la paralización del proceso de renovación de cuatro de los siete cargos directivos de la Cámara que tenía que producirse en 2008 –incluyendo al Consejero Mayor–, y que, pese a su carácter inconcuso, requiere una mayoría parlamentaria de tres quintos que no parece pronta a formarse.

Dentro de la actividad fiscalizadora del órgano, se han aprobado 20 Informes relativos a la Junta de Andalucía y el sector público andaluz, fundamentalmente centrados en empresas públicas y Universidades; y 17 sobre Corporaciones Locales, la mayoría relativos a distintos servicios y empresas locales o a problemas urbanísticos específicos. Especialmente destacables nos parecen los Informes relativos a los gastos electorales de las elecciones al Parlamento (BOJA núm. 218, de 3 de noviembre) y el de Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial (BOJA núm. 171, de 28 de agosto). Asimismo resulta de interés el Informe sobre seguimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de fiscalización de la gestión de la recaudación ejecutiva en la Comunidad Autónoma de Andalucía (pendiente de publicar en el BOJA) y, de los relativos al sector local, el Informe anual del sector público de las Corporaciones Locales (BOJA núm. 176, de 4 de septiembre).

Defensor del Pueblo Andaluz

El Informe Anual correspondiente a la gestión realizada durante 2008 fue presentado dentro del primer trimestre del ejercicio de 2009. Los datos revelan una moderada tendencia al incremento del número de quejas presentadas: 5.672 durante 2008, lo que supone un 2,86 por ciento más que el año anterior. Las reclamaciones versaron sobre personal del sector público (904), educación (680), salud (492), medio ambiente (490), prisiones (356), menores (300) o Dependencia y Servicios Sociales (300).

La Institución ha insistido en la realización de Informes especiales como herramienta relevante en el análisis y la tutela de situaciones sociales merecedoras de singular atención. Durante 2008, se pusieron a la disposición del Parlamento y del conjunto de la sociedad los trabajos sobre “Lugares de custodia de personas detenidas: depósitos municipales y otros calabozos policiales”, así como el Informe Especial sobre “Universidades y Discapacidad”. Como en años anteriores, la Institución, en su calidad del Defensor del Menor de Andalucía, entregó su Informe Anual del Menor en el mes de Junio.

Consejo Consultivo de Andalucía

Han sido solicitados al Consejo 808 dictámenes, cifra que marca un máximo histórico. Fueron admitidos a trámite 793. El número de dictámenes emitidos ha sido de 771, la cifra más alta desde la creación del Consejo en 1994. De entre ellos, el número de dictámenes favorables ha sido de 634, los desfavorables ascendieron a 84; y 53 expedientes fueron devueltos. De los dic-

támenes emitidos, 243 corresponden a solicitudes formuladas por entidades locales, o sea un 32 %, porcentaje similar al del año anterior.

El desglose por asuntos principales es el siguiente: un dictamen sobre Anteproyectos de Ley y 57 Proyectos de disposiciones reglamentarias. Han sido 9 las consultas facultativas. En cuanto a los asuntos administrativos ordinarios han sido 102 los dictámenes relativos a revisiones de oficio (13% sobre el total de los emitidos); 85 (11%) sobre contratación; 65 (8%) de modificaciones de Planes urbanísticos afectantes a zonas verdes, espacios libres, dotaciones y equipamientos; 7 se han emitido sobre recursos de revisión y 1 sobre transacción. Es singularmente alto el número de dictámenes emitidos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, 444 (58%), correspondiendo 344 de ellos a asuntos procedentes de la Administración autonómica, 97 de entidades locales y 3 de universidades.

En cuanto al deber de las Administraciones de comunicar al Consejo el sentido de las resoluciones adoptadas tras la recepción de los dictámenes, el número de estas comunicaciones fue de 489, de ellas 452 resoluciones fueron dictadas “de conformidad” con el dictamen, y que fueron 37 aquellas en que el Consejo fue sólo “oído”.

Consejo Audiovisual de Andalucía

Sin duda, el hecho más destacado en la vida de esta Institución durante el pasado ejercicio fue la dimisión en el mes de mayo, tras la presentación de la Memoria anual de 2007 ante el Parlamento y justo en el ecuador de su mandato, del primer Presidente del Consejo Audiovisual, D. Manuel Ángel Vázquez Medel. Según las propias manifestaciones del dimisionario ante los medios de comunicación, el hecho obedecía a la agudización de los enfrentamientos internos en el seno del Consejo y a una “instrumentalización partidista” del mismo de la que responsabilizó a sus Consejeros. A propuesta mayoritaria del Pleno del organismo, el Consejo de Gobierno designó a D. Juan Montabes Pereira, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Granada, como nuevo Presidente del Consejo Audiovisual mediante Decreto 410/2008, de 15 de julio.

Durante el ejercicio, el Pleno adoptó 33 Resoluciones (muy sonada fue la que denunció algunas actuaciones de Canal Sur durante la campaña electoral, ratificando los pronunciamientos efectuados en este sentido por la Junta Electoral de Andalucía), dos recomendaciones (una sobre el tratamiento de la información electoral y otra sobre violencia en el deporte) y sólo un Informe,

adoptado a principios de año en relación con la emisión de contenidos atentatorios para los menores fuera de la franja horaria de protección legalmente establecida. Muy de reseñar es la decidida acción emprendida por el Consejo en este terreno, que ya iniciara en septiembre de 2007 mediante una serie de recomendaciones dirigidas a los operadores infractores. Es de celebrar que en abril de 2008 se comenzaran a instruir los primeros expedientes sancionadores y en septiembre se impusieran las primeras sanciones. Otras líneas de actuación en las que el Consejo ha avanzado son la denuncia de la discriminación por razón de género y el empleo de estereotipos discriminatorios en la publicidad.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

“Comentario sobre las Sentencias del Tribunal Supremo relativas a la polémica asignatura Educación para la Ciudadanía”

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

I. INTRODUCCIÓN

Son cinco las sentencias dictadas hasta el momento por el Tribunal Supremo en el polémico asunto de la que popularmente se ha llamado asignatura de “educación para la ciudadanía”, siendo así que sin embargo, más propiamente deberíamos referirnos a los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a resoluciones denegatorias administrativas de las peticiones de objeción de conciencia formuladas por determinados padres disconformes con el sistema respecto de la obligación de sus hijos de cursar las asignaturas de “Educación para la ciudadanía y derechos humanos” y “Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía”.

A su vez, estas cinco sentencias abordan la cuestión desde una doble perspectiva, en consonancia asimismo con los fallos de distinto signo de las sentencias de instancia cuya casación fue solicitada, y de las distintas posiciones adoptadas en último término de las Administraciones demandadas (Principado de Asturias y Comunidad Autónoma de Andalucía) ante el problema planteado.

Así, podemos agrupar de un lado, las sentencias recaídas en los recursos de casación 1013/2008, 949/2008, y 948/2008, ya que todos ellos tenían por objeto sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, *desestimatorias* de la pretensión de nulidad solicitada por los padres de las resoluciones dictadas por el Ilmo. Sr. Consejero de Educación y Ciencia del Principado de Asturias que venían a *denegar* la petición de objeción de conciencia de los padres recurrentes. De otro lado estarían, las sentencias recaídas en los recursos de casación 905/2008 y

4668/2008, cuyo objeto fueron a su vez sendas sentencias dictadas por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en este caso *estimatorias* de la pretensión de los padres de que se procediera a la anulación de las resoluciones dictadas por el Ilmo. Sr. Viceconsejero de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía en virtud de las cuales se *inadmitía* la pretensión de los progenitores de ejercitar el pretendido derecho de objeción de conciencia frente a las citadas asignaturas. Con todo, debe decirse que en ambos casos, los procesos contenciosos se siguieron por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

Es por esto, que las sentencias dictadas responden a un doble planteamiento, ya que si las sentencias de casación dictadas frente a las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía centran su análisis en la valoración de la posible existencia de un derecho a la objeción de conciencia derivado directamente del art. 16 y 27.3 de la Constitución sin necesidad de interpositio legislationis, las sentencias de casación dictadas frente a las de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, asumiendo la doctrina de las anteriores sobre la inexistencia de un derecho a la objeción de conciencia derivado directamente del Texto Constitucional, sin embargo, profundizan en el análisis de la legalidad de las normas que desarrollan el contenido de las citadas asignaturas, concretamente de los R.D. 1513/2006, de 7 de diciembre y 1631/2006, (respectivamente referidos a la Educación Primaria y a la Secundaria Obligatoria) y del Decreto 74/2007, de 14 de junio del Principado de Asturias, en orden a comprobar si tales normas vulneran y lesionan los derechos de los recurrentes reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 del Texto Constitucional. Podemos así decir, que ambas resoluciones se complementan, cerrando el círculo del análisis del problema planteado, aunque ello no significa que de forma definitiva se halla solventado el conflicto relativo a la posible vulneración de los derechos fundamentales de los padres, dado que ello dependerá –como señala el propio Tribunal– de las ulteriores concreciones del contenido de las asignaturas a través del proyecto educativo del centro, de los textos que se utilicen y de la manera en que se expongan su contenidos.

De otra parte resulta interesante conocer que, el carácter controvertido del tema que tratamos se refleja en la elevación del asunto al Pleno de la Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dada la trascendencia de la cuestión debatida, y en la existencia de cuatro votos particulares, que se repiten en las distintas resoluciones, aunque en honor a la verdad, y si comparamos el presente supuesto con otros menos polémicos mediáticamente podemos concluir que en este caso las dife-

rentes sentencias han sido dictadas con una amplia base de la mayoría del pleno. Respecto de dichos votos particulares, el primero lo firma el Excmo. Magistrado Sr. Campos Sánchez Bordona; el segundo el más extenso, pertenece al Excmo. Sr. González Rivas; el voto particular de Don Emilio Frías, al que se adhiere D. Juan Gonzalo Martínez Micó es el tercero; y por último D. Jesús Ernesto Peces Morate firma el cuarto voto particular al que se adhieren los Excmos. Srs. Oro-Pulido López y Yagüe Gil, siendo éste el más particular de los cuatro, dado que a diferencia de los anteriores y aun admitiendo con los demás que existe el derecho de objeción de conciencia sin necesidad de reconocimiento legal previo, discrepan a su vez de éstos en que respecto del fondo de la cuestión no existe vicio de legalidad por considerarse que los contenidos de la asignatura no resultan contrarios al Ordenamiento jurídico.

II. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA

II.1.– Como decíamos, las sentencias dictadas en estos recursos de casación pueden ser compartimentadas en dos bloques, siendo el primero, el referido a las sentencias que dicta el Alto Tribunal en los recursos 905/2008 y 4668/2008, por las que se casan las sentencias dictadas en esta materia por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En estas sentencias el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las Resoluciones de la Ilma. Sra. Consejera de Educación de la Junta de Andalucía de inadmisión de la solicitud de objeción de conciencia, anulando la misma, y reconociendo al tiempo, el derecho de los padres demandantes a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía, declarando además que el hijo de los recurrentes no debía cursar la asignatura, quedando en consecuencia exento de ser evaluado de la misma. Para llegar a esta conclusión, la sentencia motivaba su fallo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de un obiter dicta de una sentencia del propio Tribunal Supremo, pudiendo condensarse su fallo estimatorio de la pretensión de los demandantes en el fundamento jurídico cuarto de la misma, al afirmar que :

“Cuarto.– Alegan el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía que los demandantes no precisan los contenidos de la asignatura que vulneran su libertad religiosa o de conciencia. No es así, basta leer la demanda para apreciar que sí que se indican los aspectos de los que se discrepa. Pero la cuestión es precisamente la contraria. Según el

TEDH, es al Estado y a cada centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos, incluso ejerciendo el derecho de objetar a la asignatura parcialmente, como, preveía la norma noruega objeto de la sentencia de 29 de junio de 2007 . En nuestro caso, ésa información no se ha suministrado y, además los contenidos tienen un alto grado de indefinición, lo que no facilita el ejercicio de los derechos de los padres. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2006 , señala como finalidad de la asignatura formar a los nuevos ciudadanos en “valores comunes”. Y en los Reales Decretos 1631/06 y 1513/06, que establecen las enseñanzas mínimas, se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Ante ésta situación, es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tiene porqué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el art .16.2 CE , pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa. Por último, el interés público está en la garantía de los derechos, que al final es lo que justifica la existencia del Estado y sus potestades. Entre éstos derechos están la libertad ideológica y religiosa (art.16.1 CE), y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). La salvaguarda de éstos derechos mediante la objeción de conciencia, no pone el peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento. En último caso, corresponde al Legislador crear instrumentos para hacer compatible esos derechos con que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (art 27.4 CE)”.

Frente a dicho pronunciamiento se interpusieron recursos de casación por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Los motivos fueron comunes, dado que en todos los casos se fundamentaron los respectivos recursos al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, en infracción de las Normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate por errónea apreciación de los Derechos Fundamentales reconocidos en los artículos 16.1º y 27.3º, en relación con el Derecho Constitucional a la Objeción de Conciencia del artículo 30.1 , todos de la Constitución, si bien que la Abogacía el Estado añadió como infringido los artículos 27, apartado 4, en relación con los apartados 2 y 5 del mismo artículo; los arts. 3.3, 4.1, 18.3 y 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y preceptos reglamentarios que los desarrollan (art. 4.2 y Anexo II del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, sobre enseñanzas mínimas de Educación Primaria y art. 4 y Anexo II del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre sobre enseñanzas mínimas de Educación Secundaria obligatoria); la Letrada de la Junta de Andalucía, añadió a su vez a lo anterior, la vul-

neración del artículo 5.1, y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender incorrectamente aplicada la doctrina jurisprudencial en la materia dada la incorrecta aplicación del artículo 2 del Protocolo núm. 1, en conexión con la jurisprudencia del TEDH, y los artículos 10.2 y 96.1 CE .

Por su parte, los demandantes de instancia en su escrito de oposición a los recursos de casación, insisten en varias ideas generales: que de la Constitución nace directamente, sin necesidad de desarrollo legislativo el derecho a la objeción de conciencia; que es a los padres a quienes corresponde naturalmente educar a los hijos; que su conciencia no se siente inquietada por la transmisión de conocimientos científicos y culturales a través del sistema educativo, sino por el adoctrinamiento que se busca con la materia obligatoria Educación para la Ciudadanía; que la existencia de ésta asignatura atenta contra la autonomía de los centros docentes y de su derecho a tener un ideario; y, en suma, que el Estado no puede imponer una única moral para todos.

A partir de aquí, el pleno de la Sala centra el problema, considerando que lo que debe determinarse es si la citada materia Educación para la Ciudadanía es o no ajustada a derecho, ya que sólo en caso de dar una respuesta afirmativa, tendría sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella.

II.2.– En una perspectiva más amplia, se mueven las sentencias dictadas en los recursos de casación interpuestos por los padres recurrentes frente a las sentencias desestimatorias de sus pretensiones de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Dichas sentencias, si bien es cierto que reproducen las anteriores en cuanto analizan en primer lugar si citada materia Educación para la Ciudadanía es ajustada a derecho, para a continuación dilucidar sobre la existencia o no del derecho a la objeción de conciencia frente a ella, sin embargo, van posteriormente a más, en cuanto que consideran necesario enjuiciar el contenido del Decreto 74/2007 y del R.D. 1631/2006, para comprobar si tales normas *“van más allá de lo que permite a los poderes públicos el artículo 27.2 de la Constitución y lesionan, por tanto, el apartado 3 de este mismo precepto así como el artículo 16.1 siempre del Texto Fundamental”*.

Esta mayor extensión del contenido de las sentencias dictadas en los recursos de casación n° 1013/2008, 949/2008, y 948/2008, no es sin embargo caprichosa o casual, sino que responde al propio contenido de la sentencia que se casa. Y es que si las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia

de Andalucía eran estimatorias de las pretensiones de los demandantes por reconocer directamente dicho derecho de objeción ex. Art. 16.1 y 27.3 CE, las mismas sin embargo, en ningún momento venían a poner en tela de juicio la legalidad o constitucionalidad de las normas reguladoras de la materia educación para la ciudadanía. En cambio, las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, siendo desestimatorias de la pretensión de los recurrentes sobre el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia ex. Artículos 16.1 y 27.3 CE, entraron no obstante, a conocer al fondo de la cuestión planteada, analizando la configuración de la asignatura en los textos reglamentarios, concluyendo tras su análisis, la inexistencia de duda alguna sobre la constitucionalidad de la declaración programática de principios que inspiran las asignaturas de Educación para la Ciudadanía. Es esta diferencia de enfoque entre las sentencias de las dos Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, junto con la apreciación parcial del recurso de casación de los demandantes de instancia en cuanto al motivo del art. 88.1 c) LJCA, lo que determina que el Tribunal Supremo en los recursos de casación frente a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, descienda al análisis de los contenidos de los Reales Decretos estatales y del Decreto autonómico, completándose así el estudio de la cuestión.

Y es que en efecto, aun cuando los procesos de instancia seguidos ante el Tribunal de Asturias también se siguieron por los trámites del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y el objeto de la tutela jurisdiccional también era la petición de condena del Principado de Asturias a reconocer el derecho de los recurrentes a la objeción de conciencia, como parte de esos derechos de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución cuya tutela jurisdiccional se reclamaba, no obstante, el Tribunal de instancia fue más allá entendiendo que :

“En el supuesto que examinamos, aunque formalmente se configura como una objeción a asistir a clase de determinadas asignaturas por considerarlas contrarias a su libertad ideológica y religiosa, lo que verdaderamente se suscita es su posible inconstitucionalidad por vulnerar el referido derecho recogido en el artículo 16.1 de la Constitución, circunstancia que hace decaer las afirmaciones que se formulan en el sentido de que no se halla previsto un derecho a la obligación (sic) de conciencia a un deber impuesto normativamente o, que frente a la obligatoriedad de las asignaturas establecidas por la Ley Orgánica de Educación no cabe invocar un derecho de objeción para no asistir a dichas asignaturas, pues nada impide que se suscite cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha normativa de la que el acuerdo recurrido constituye un acto de ejecución”.

A partir de este encuadramiento de la cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias despliega su análisis. Y tras realizar una declaración general sobre el derecho que corresponde a los padres a que se garantice su libertad ideológica y religiosa y a que sus hijos reciban la formación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, continúa con la distinción de dos aspectos de la asignatura en cuestión : de un lado, su configuración en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación y, de otro, los actos concretos a través de los que se enseña, siendo así que en este punto los intervinientes son varios : la Administración, a la que corresponde establecer el marco general en que ha de desenvolverse la actividad educativa; los centros docentes privados y concertados, que gozan del ideario o carácter propio del centro y que gracias a su autonomía pedagógica, elaboran sus propios proyectos educativos; y la actividad del profesorado encargado de impartir dichas enseñanzas sobre los que recaerá, en última instancia, la concreción del contenido de las mismas dentro del derecho de libertad académica o de cátedra. Partiendo de esta distinción, afirma que la *«declaración programática de principios que inspiran las asignaturas de Educación para la Ciudadanía en general, no puede suscitar duda alguna sobre su constitucionalidad»*, y que respecto a los actos concretos de los que pudiera predicarse la supuesta vulneración de los derechos fundamentales *“(…) al encontrarse el procedimiento ayuno de toda prueba, se desconoce el contenido de las asignaturas a cuya enseñanza se oponen y con ello, las enseñanzas que se entienden contrarias a la libertad ideológica pues resulta patente que el mero enunciado de una asignatura, no afecta a derecho fundamental alguno”*. Por todo ello, concluye que la impugnación genérica de las asignaturas relativas a **Educación para la Ciudadanía** como contrarias al derecho a la libertad ideológica carece de justificación y, consiguientemente, que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, recordando que sólo cabe invocar vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 16.1 y 27.3 CE en relación con el caso concreto en que se puedan desarrollar las citadas enseñanzas, por lo que se entiende que no cabe amparar derecho fundamental alguno.

Contra esta sentencia se alzó el recurso de casación interpuesto por los demandantes de instancia. El mismo se fundamentó de un lado en el art. 88.1 d) LJCA por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico (arts. 16.1 y 27.3 CE), y de otro en la infracción del art. 88.1 c) LJCA por considerar que la sentencia había incurrido en un vicio de incongruencia omisiva y falta de motivación, con infracción, asimismo de las normas de valoración de la prueba. La estimación de este segundo motivo, es lo que dio pie al Alto Tribunal para entrar a enjuiciar directamente la controversia planteada en el proceso de instancia, por estimarse que la sentencia de instancia había incurrido en vicio de incongruencia omisiva, señalándose que :

“Efectivamente, el contraste entre los términos del planteamiento de la demanda y la respuesta que la Sala de Asturias les dio permite constatar un silencio sobre esas concretas partes del Decreto 74/2007 del Principado de Asturias que fueron invocadas y subrayadas como expresivas de un adoctrinamiento contrario a las creencias propias de los recurrentes.

Y la consecuencia es la anulación de la sentencia y la necesidad de que este Tribunal Supremo enjuicie directamente la controversia planteada en el proceso de instancia [artículo 95.2, apartados c) y d), de la Ley de esta Jurisdicción], lo que determina que sea inocuo considerar el segundo motivo que, por lo demás, plantea la cuestión de fondo sobre la que versan los siguientes fundamentos.”

Comienza a partir de aquí el Tribunal Supremo, a enjuiciar directamente la controversia de instancia reproduciendo en su primeros fundamentos jurídicos los propios de la sentencias dictadas en los recursos de casación 905 y 4668/2008, si bien que una vez afirmada la inexistencia de un derecho a objetar, y considerando que esta afirmación no resuelve el litigio en cuestión, procede a analizar el contenido del Decreto 74/2007 y del R.D. 1631/2006, en orden a comprobar si los mismos van más allá de lo que permite el art. 27.2 CE a los Poderes Públicos, y lesionan en consecuencia los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

III. DOCTRINA QUE CONTIENEN LAS SENTENCIAS

Como venimos diciendo, el Alto Tribunal en todas sus sentencias parte del análisis de lo que considera como primera cuestión a solventar : *“determinar si la citada materia **Educación para la Ciudadanía** es o no ajustada a derecho. Sólo en caso de que la respuesta sea afirmativa, tendrá sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella”.*

3.1.– Para ello, lo primero que se propone es centrar la temática de que tratamos, a través del estudio de los **antecedentes inmediatos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía, que son la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa**, que incluye como objetivo de los sistemas educativos de la Unión Europea *«promover en la comunidad escolar el aprendizaje de los valores democráticos y de la participación en la ciudadanía activa»*, al tiempo que señala que *“Educación para la Ciudadanía Democrática” (education for democratic citizenship) debe ser un objetivo prioritario de la política educativa en todos los niveles de la enseñanza, siendo así que inspira dicha orientación la “preocupación por los crecientes niveles de apatía cívica y política y de falta de confianza en las ins-*

tituciones democráticas y por los cada vez más abundantes casos de corrupción, racismo, xenofobia, nacionalismo agresivo, intolerancia frente a las minorías, discriminación y exclusión social (...). Por eso, la Recomendación piensa en enfoques educativos y métodos que enseñen a convivir democráticamente y a combatir el nacionalismo agresivo, el racismo y la intolerancia y a eliminar la violencia y las ideas y conductas extremistas y que procuren la adquisición de estas competencias básicas (key competences) o habilidades o destrezas: a) superar conflictos de forma no violenta; b) argumentar en defensa del propio punto de vista; c) escuchar, comprender e interpretar los argumentos de los demás; d) reconocer y aceptar las diferencias; e) escoger entre opciones distintas, considerar las alternativas y someterlas a análisis ético; f) asumir responsabilidades compartidas; g) establecer relaciones constructivas, no agresivas, con otros; h) desarrollar una aproximación crítica a la información, a las corrientes de pensamiento y a los conceptos filosóficos, religiosos, sociales, políticos y culturales, al tiempo que se mantiene el compromiso con los valores y principios fundamentales del Consejo de Europa. (...)

Dicha Recomendación, fue seguida además por otros documentos: “Entre ellos, el elaborado por el Comité ad hoc para la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, también del Consejo de Europa, el 14 de marzo de 2006, que insistirá en la importancia de los entornos educativos éticos y democráticos, en la escuela y fuera de ella, y de promover la perspectiva de género en la educación. (...) Así, la Recomendación Conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, de 18 de diciembre de 2006, formula directrices que enlazan con las sentadas por el Consejo de Europa. (...) terminando en este punto la sentencia el extracto del contenido de la Recomendación, subrayando con la Recomendación que “Las capacidades de esta competencia cívica guardan relación, subraya la Recomendación, “con la habilidad para interactuar eficazmente en el ámbito público y para manifestar solidaridad e interés por resolver los problemas que afecten a la comunidad (...). Conlleva la reflexión crítica y creativa y la participación constructiva en las actividades de la comunidad (...) así como la toma de decisiones (...) mediante el ejercicio del voto”. Y una actitud positiva, fundada en la apreciación y comprensión de las diferencias a partir del “pleno respeto a los derechos humanos, incluida la igualdad como base de la democracia”, ante los sistemas de valores de las distintas religiones o grupos étnicos. Esta actitud, continua la Recomendación, incluye “manifestar el sentido de pertenencia a la propia localidad, al propio país, a la UE y a Europa en general y al mundo, y la voluntad de participar en la toma de decisiones democrática a todos los niveles”. Además, supone manifestar “sentido de la responsabilidad y (...) comprensión y respeto de los valores compartidos (...) necesarios para (...) la cohesión de la comunidad”, entre ellos los principios democráticos”.

3.2– Expuestos dichos antecedentes, entra a continuación la sentencia a sentar determinadas **premisas** necesarias para la resolución del presente re-

curso, en particular sobre el sentido del pluralismo, relevancia de los derechos fundamentales, el papel del Estado, y el contenido que corresponde a los derechos fundamentales de los artículos 16.1 y 27.3 CE :

“En particular, hace falta precisar los siguientes extremos: el significado del pluralismo como elemento necesario para una verdadera sociedad democrática; la suma relevancia que los derechos fundamentales tienen en nuestro modelo constitucional de convivencia; el papel que la Constitución asigna al Estado en materia de educación; el contenido que corresponde al derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 dentro del sistema educativo establecido por el Estado; el alcance del derecho reconocido a los padres en el 27.3 y el límite que significan esos dos derechos de los artículos 16.1 y 27.3 , todos de la Constitución, para la actividad educativa de los poderes públicos.”

Así, en primer lugar con relación al **pluralismo**, nos dice que *«está formalmente proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución. Su núcleo principal es el reconocimiento del hecho innegable de la diversidad de concepciones que sobre la vida individual y colectiva pueden formarse los ciudadanos en ejercicio de su libertad individual y la necesidad de establecer unas bases jurídicas e institucionales que hagan posible la exteriorización y el respeto de esas diversas concepciones. No parece que sea erróneo señalar que entre las razones de su reconocimiento jurídico se hallan estas dos: facilita la paz social, al permitir la convivencia entre discrepantes; y es un elemento necesario para asegurar un adecuado funcionamiento del sistema democrático porque contribuye a favorecer la discusión y el intercambio de ideas y, de esa manera, se erige en un elemento necesario para que el ciudadano pueda formar libre y conscientemente la voluntad que exteriorizará a través de su voto individual (en este sentido, la STC 12/1982 , en línea con lo anterior, subraya el pluralismo político como un valor fundamental y un requisito del Estado democrático)»*

En cuanto a los derechos fundamentales, afirma que *«como resulta de la lectura del artículo 10 de la Constitución, son el espacio de libertad y respeto individual que es necesario para que la dignidad de la persona, principal fundamento del orden político y de la paz social, sea una realidad viva y no una mera declaración formal»*.

En lo que **se refiere al papel del Estado en la materia**, aclaran las sentencias que el referente constitucional en esta cuestión lo ofrecen dos mandatos del artículo 27, el de su apartado 5, que impone a los poderes públicos una obligada intervención en la educación y el de su apartado 2, que dispone para esa función una necesaria meta constitucionalmente predeterminada, cual es que: *“La educación tendrá por objeto el libre desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamental”*. De la interpretación combinada de ambos precep-

tos, el Alto Tribunal deriva las siguientes : «*La primera es que la actividad del Estado en materia de educación es obligada (...); La segunda es que esa intervención tiene como fin no sólo (1) asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también (2) ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático. Y la tercera es que ese cometido estatal, debido a la fuerte vinculación existente entre democracia y educación, está referido a toda clase de enseñanza: la pública y la privada.*»

A partir de aquí, el Tribunal aprovecha para hacer una sutil distinción –que posteriormente será importante–, entre «*los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales*», y las diferentes «*manifestaciones*» del pluralismo de la sociedad. Y esa distinción, es trascendental, ya que a su juicio, es la que «**marca los límites que tiene la actuación del Estado en materia educativa y, sobre todo, acota el terreno propio en que regirá la proscripción de adoctrinamiento que sobre él pesa por la neutralidad ideológica a que viene obligado. Dicho de otro modo, no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos. Por el contrario, será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores. Estos otros valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica», añadiéndose además, que la «*actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica*».**

La última de las premisas que considera necesario examinar es la que se refiere al **alcance y límites del derecho a la libertad ideológica y religiosa** proclamado en la Constitución. El Tribunal considera que el contenido de estos derechos está constituido básicamente «*por la posibilidad reconocida a toda persona de elegir libremente sus concepciones morales o ideológicas y de exteriorizarlas, con la garantía de no poder ser perseguido o sancionado por ellas*», pero añadiendo que ello no implica que **dicho derecho sea «necesariamente incompatible con una enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de concepciones diferentes**», de tal manera que «*La compatibilidad será de apreciar siempre que la exposición de esa diversidad se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento. Es decir, dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas. Y así tendrá*

lugar cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones». A partir de aquí, concluye la Sala, debemos considerar que los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 son un límite a la actividad educativa del Estado.

3.3.– Formuladas así, estas consideraciones previas que necesariamente vienen a conformar los términos del debate, el Tribunal emprende el examen de lo que puede considerarse **el nudo gordiano de la cuestión planteada : la determinación de si existe un derecho general a la objeción de conciencia** susceptible de hacerse valer por los padres en nombre de sus hijos menores para eximirles del deber de cursar la asignatura EPC, más allá del específico supuesto contemplado en la Constitución en el art.30.2, pues el Tribunal Supremo admite sin problema alguno que nada impide al legislador ordinario reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos.

Son varias las razones por las que el Tribunal niega que más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, exista un derecho a la objeción de conciencia de alcance general ajeno a la voluntad expresa del legislador ordinario, calificando como “muy problemática” la idea de aquellos que sostienen que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

En primer lugar, niega tal posibilidad de un derecho genérico a la objeción de conciencia sobre la base de una interpretación sistemática del texto constitucional. Así, se nos dice que *“Incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16 , es lo cierto que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución: “el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Pues bien, por lo que ahora importa, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, es claro que ésta se refiere por definición a conductas externas reales y perceptibles.*

Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público”.

La segunda razón aducida por el Tribunal es el mandato inequívoco y de alcance general del artículo 9.1 CE, cuando señala que : “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Este, a juicio de la Sala *“es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho”*, añadiendo que *“el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16 , equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho”*.

Tampoco en la doctrina constitucional encuentran las sentencias dictadas en casación base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Así, reconocen la realidad de la STC 53/1985, que con relación a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo, pero también señalan que al tratarse de un supuesto límite no es posible extraer un principio general. Respecto de la STC 154/2002, que consideró violación de la libertad religiosa la condena penal a unos padres –que a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció–, sostiene asimismo la Sala que tampoco de este caso cabe derivar principio general alguno, al tratarse de un supuesto aislado muy ligado a innegables exigencias de justicia material del caso concreto. Y en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, que contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos, las sentencias entienden que en estos casos, lo que directamente acontece es un supuesto de violación de su libertad religiosa, no de objeción de conciencia, que por definición, sólo puede darse frente a deberes jurídicos válidos en Derecho.

Por último, las sentencias analizan **los Textos Internacionales en la materia**, que en cuanto canon de interpretación, pudieran iluminar sobre el particular, pero también concluyen a su vista, que de los mismos no es posible extraer la conclusión de un derecho general de objeción de conciencia. Así ni de la cita del *artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, ni incluso la mención específica del *artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008*, –por la que se autoriza

la ratificación del Tratado de Lisboa–, entiende el Tribunal Supremo que es posible deducir ningún principio de reconocimiento genérico, al exigirse en todo caso la interpositio legislatoris, no admitiéndose un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

3.4.– No obstante, no se detiene aquí la sentencia, y desciende incluso a examinar, si en ausencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, podría existir un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, especialmente en virtud del *artículo 27.3* de la Constitución, para llegar sin embargo, a la misma negativa conclusión, en base a dos razonamientos.

El primero es negativo de la tesis mantenida por los padres recurrentes y acogida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que apoyaban la tesis del reconocimiento general a tal derecho de objeción en materia educativa en la doctrina contenida en dos recientes **sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Folguero y otros contra Noruega, 29 de junio de 2007 y Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, 9 de octubre de 2007)**. En su análisis el Tribunal Supremo, en lugar de extraer frases entresacadas del texto de las sentencias en cuestión, como ya hizo el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, procede científicamente a su análisis global, extrayendo las ideas principales de la doctrina del ETD, que extracta del siguiente modo :

“A) La inclusión en los planes de enseñanza de materias obligatorias sobre religión, filosofía y moral que persigan una aproximación a las diferentes religiones y orientaciones filosóficas, de manera que los alumnos adquieran conocimientos de sus propios pensamientos y tradiciones, no contradice el Convenio siempre que estén configuradas equilibradamente y se ajusten en sus contenidos y enseñanza a los principios de objetividad, exposición crítica y respeto al pluralismo.

B) Dicho en negativo, lesiona el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos toda forma de enseñanza que, por prescindir de los requisitos anteriores, tienda al adoctrinamiento religioso o moral.

C) En los casos contemplados en estas sentencias la infracción del derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo nº 1 y del artículo 9 del Convenio se produce por el desequilibrio en la definición del currículo de las materias controvertidas (escorada al cristianismo la noruega, orientada al islamismo sunita la turca) y, a partir de esa premisa, por la insuficiencia de los mecanismos de dispensa previstos por el legislador.”

Estas dos sentencias, –que abordando el problema de la enseñanza de la religión (luterana en el caso noruego e islámica sunita en el caso turco) dentro de materias escolares obligatorias sin dispensa a los alumnos ajenos a estas dos confesiones, concluyeron como vulnerado el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos–, son consideradas por el Tribunal, pero señalando que las mismas no son de gran utilidad para el presente caso, y ello por dos razones. Por un lado, porque *“tratan de la enseñanza obligatoria de una determinada religión, pues, en la práctica, es a lo que conducían las asignaturas discutidas. Imponer a alguien el deber jurídico de cursar enseñanzas religiosas contra la propia voluntad, aunque sea incluyéndolas en materias, en principio, de carácter cultural, implica, por sí solo, una violación de la libertad religiosa e ideológica. Tan es así que esta situación no se produce en España, país aconfesional, donde las enseñanzas religiosas en los currículos escolares tienen carácter optativo. Cuando se trata de la enseñanza obligatoria de materias que, aun pudiendo incidir sobre cuestiones morales, son ajenas a la religión, no se da ese automatismo, sino que será preciso, más bien, analizar hasta qué punto la asignatura obligatoria en cuestión puede afectar a opciones morales esencialmente personales. Por otro lado, las mencionadas sentencias no imponen, en rigor, una obligación al Estado de reconocer un derecho a la objeción de conciencia frente a asignaturas religiosas, sino que se limitan a decir que este tipo de asignaturas —propio de Estados confesionales— que, en realidad, están exponiendo un determinado credo religioso sólo es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos en la medida en que se reconozca la posibilidad de dispensa”*

El segundo razonamiento se apoya en el artículo 27.3 de la Constitución, en sí mismo considerado. Así, y con relación al mismo, destaca el Tribunal que de entrada, *“dicho precepto constitucional sólo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, no sobre materias ajenas a la religión y la moral”*, de tal manera, que en *“la medida en que Educación para la Ciudadanía abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas, no resulta aplicable el artículo 27.3 . Este sólo regirá para aquellos aspectos de la citada materia que incidan sobre problemas morales, pues hay que entender que la religión, por ser algo ajeno a la ciudadanía, ha de quedar necesariamente fuera de la referida materia. Pero, si esto no fuera suficiente, hay que recordar que los apartados segundo y tercero del artículo 27 se limitan mutuamente: ciertamente, el Estado no puede llevar sus competencias educativas tan lejos que invada el derecho de los padres a decidir sobre la educación religiosa y moral de los hijos; pero, paralelamente, tampoco los padres pueden llevar este último derecho tan lejos que desvirtúe el deber del Estado de garantizar una educación “en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”*, añadiendo a continuación que el *“punto de*

equilibrio constitucionalmente adecuado puede ser a veces difícil de encontrar; pero es indiscutible que los padres no tienen, en virtud del artículo 27.3, un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por el Estado. El artículo 27.3, dicho de otro modo, permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones”.

Y con todo acierto y contundencia se pone de relieve por el pleno del Tribunal Supremo, lo que es toda una declaración de principios en un Estado Democrático de Derecho :

“Es preciso tener presente, en fin, las peculiares características de una materia obligatoria cuya finalidad declarada es educar a ciudadanos. Puede, naturalmente, discutirse acerca de la oportunidad de la misma; pero, una vez verificado que es ajustada a Derecho, autorizar exenciones individuales de dicha asignatura sería tanto como poner en tela de juicio esa ciudadanía para la que se aspira a educar. En un Estado democrático de Derecho, el estatuto de los ciudadanos es el mismo para todos, cualesquiera que sean sus creencias religiosas y morales y, precisamente por ello, en la medida en que esas creencias sean respetadas, no hay serias razones constitucionales para oponerse a la existencia de una materia obligatoria cuya finalidad es formar en los rudimentos de dicha ciudadanía, incluido el reconocimiento del propio derecho a la libertad ideológica y religiosa”.

No obstante y para concluir, el Tribunal deja una puerta abierta a la objeción de conciencia sin necesidad de reconocimiento legal, pues afirma para terminar dicho razonamiento que *“esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido”*, siendo así que en el caso presente no se advierte por la existencia de ninguna situación límite (vgr. Supuesto de la STC 53/1985), de contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos bien precisos.

3.5.– No obstante, pese a haberse concluido tal y como hemos visto, que no estamos ante un escenario que permita reconocer el derecho a objetar con carácter general, la Sala, en los recursos de casación nº 1013/2008, 949/2008, y 948/2008, profundiza aún más, al considerar que esta afirmación no resuelve el litigio que nos ocupa, desde el momento en que detenernos en este punto supondría *“darle una respuesta insuficiente porque no hay duda de que se nos está diciendo que el Decreto 74/2007 y el Real Decreto 1631/2006 van más allá de lo que*

permite a los poderes públicos competentes el artículo 27.2 de la Constitución y lesionan, por tanto, el apartado 3 de ese mismo precepto así como el artículo 16.1, siempre del texto fundamental”.

Recuérdese que en este punto difieren en su contenido las sentencias dictadas en los recursos de casación cuyo objeto era la sentencia estimatoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y las sentencias dictadas en los recursos de casación cuyo objeto eran las desestimatorias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Así, si en el caso de Andalucía, el Tribunal Supremo no entra en dicho análisis de los citados Reglamentos desde el momento en que ni las partes, ni el Tribunal *“han discutido formalmente las prescripciones legales”* (fundamento jurídico décimo), en tanto que en el caso de Asturias, sí desciende a su estudio, en cuanto que la sentencia y los recurrentes si se pronunciaron sobre los contenidos de la materia, calificándose estos últimos por los recurrentes como *“un intento de adoctrinamientos ideológicos más propios de regímenes fascistas o marxistas-leninistas que de un país democrático y miembro de la Unión Europea”*, que hunden sus raíces en el *“relativismo”*, el *“positivismo”* y la *“ideología de género”*¹.

Entra por ello la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo en estos recursos a analizar, –dada asimismo la estimación parcial del recurso de casación ex. Art. 88.1.c) LJCA–, las alegaciones y críticas vertidas por los recurrentes frente a los contenidos de los Reales Decretos estatales y del Decreto autonómico, en sus objetivos, contenidos, y actitudes a valorar, siendo así que tales críticas pueden condensarse en tres principales, que son sobre las que la Sala sienta su doctrina : que no es admisible que no haya otra moral que la que recogen las normas jurídicas, siendo esta mutable por ser fruto del consenso (relativismo); que el ordenamiento jurídico admite cualquier contenido con independencia de su significado ético (positivismo); y que las normas reglamentarias asumen una denominada *“ideología de género”*, que resulta inaceptable en cuanto imposición contraria a sus propias ideas.

En primer lugar, respecto de la crítica de relativismo o de identificación entre moral y Derecho, entiende el Tribunal, que se trata de una crítica que los recurrentes no sólo imputan a la disciplina, sino que parece que también por extensión, dicha crítica es extensible al conjunto del sistema jurídico. Al

¹ Las mismas críticas sobre relativismo, positivismo e ideología de género fueron expuestas por los recurrentes en Andalucía.

respecto recuerdan que como antes se señaló como premisa básica, los derechos fundamentales, son el fundamento moral del ordenamiento. Y subraya *“que expresan, al igual que el concepto nuclear de la dignidad humana que los sustenta y afirma el artículo 10.1 de la Constitución y que los valores superiores enunciados por su artículo 1.1, las exigencias éticas indeclinables sobre las que descansa la convivencia civil. Así, su recepción por el constituyente, explicable bien desde planteamientos iuspositivistas, bien como manifestación de la recepción del Derecho natural, dota al ordenamiento jurídico de un profundo contenido ético opuesto al relativismo que se le imputa. Por eso, no admite como derecho cualesquiera prescripciones sino solamente las que sean coherentes con esos fundamentos, valores y derechos fundamentales que lo presiden”*, de tal manera que *“La Constitución no es relativista en fundamentos, valores y derechos, sino comprometida con los que identifica y reconoce. Aunque sea consciente de que su plena realización, como la de la misma idea de justicia, es un objetivo permanente ya que cada paso adelante en su efectividad descubre nuevas metas, nuevos retos. El artículo 9.2 lo refleja con claridad: existen obstáculos que dificultan o impiden la plena libertad e igualdad de todos. Y una consideración de la evolución histórica de las declaraciones de derechos corrobora la idea del progresivo despliegue de las exigencias de la dignidad que distingue a todos los seres humanos y les hace acreedores de los derechos inviolables que les son inherentes (artículo 10.1)*

Todo esto evidencia la dimensión moral del orden jurídico que preside un texto fundamental como el de 1978.”

Tampoco admite la Sala que nuestro Ordenamiento jurídico permita cualquier contenido con independencia de su significado ético. En este sentido, y con relación a los contenidos de Educación para la Ciudadanía, considera que los mismos se sitúan en planos bien alejados, del relativismo moral y de la tacha de totalitarismo que va asociada a la argumentación del recurso. Y añade : *“El ordenamiento positivo que sustenta la Constitución –e informan la Declaración Universal y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos– no es indiferente al sentido de sus normas. Todo lo contrario, según se acaba de recordar. Y tampoco es un precipitado arbitrario de ideas inventadas o ajenas a la sociedad: en tanto emana de ella, expresa sus valores o, si se quiere, las que hemos llamado condiciones indeclinables de la convivencia”*. Todo ello, continua el Tribunal, *“priva, asimismo, de fuerza impugnatoria a la mención que hace el Anexo I a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como referente ético. Esto último porque no hay duda de la dimensión ética de esos derechos —no es posible, en efecto, explicar el sentido de la libertad e igualdad de las personas sin tener presente el fundamento moral de esos rasgos constitutivos del ser humano— y porque lo que se pretende es que el alumno reconozca, comprenda y respete los valores y principios que la animan y sea capaz de razonar a partir de ellos a la hora de decidir libremente cómo ejer-*

ce su condición de ciudadano. No hay que olvidar, en este sentido, que el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales es el objeto que asigna a la educación el artículo 27.2 de la Constitución”.

Por último, y por lo que respecta a lo que los recurrentes denominan “ideología de género”², señala el Tribunal que *“además de no explicar con claridad qué entienden por ella, no nos dicen en qué contenidos del Decreto —o del Real Decreto— se plasman los efectos negativos que le adjudican porque no pueden tenerse por tal explicación los comentarios entre paréntesis o fuera de ellos que hacen a determinados enunciados de algunos bloques de la asignatura de tercer curso de ESO, más arriba reproducidos o los que hacen en el motivo de casación ni resaltar en negrita partes del Decreto. En efecto, tales contenidos de algunos bloques —la autonomía personal y las relaciones interpersonales, los afectos y las emociones, la valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios sociales, racistas, xenófobos, sexistas y homófobos, el respeto y la valoración crítica de las opciones personales de los ciudadanos, la convivencia de culturas distintas— ni en sí mismos, ni en el contexto en el que los recoge el Decreto 74/2007, merecen un juicio negativo.*

² Debe ponerse de manifiesto en primer lugar que “igualdad de género”, no es una ideología, sino un concepto categorizador de la filosofía feminista. Su antecedente hay que buscarlo en los años 70, cuando comenzó a ser introducido por las teorías feministas, en cuanto *categoría útil de análisis social*. Fue a partir de la Conferencia de Pekín de 1995 auspiciada por la ONU, cuando el término “género” (del inglés gender) se consolidó en los distintos ámbitos de estudios e investigaciones, políticas públicas y movimientos sociales para la igualdad de hombres y mujeres. Y es que se partía de que una vez superada en Europa la desigualdad formal, se debía seguir insistiendo en la obtención de la igualdad en el plano de la realidad, donde la igualdad no parecía ser eficaz (sueldos menores, no acceso a cargos públicos, etc). De ahí que el problema se desplace a la investigación y al análisis de la desigualdad desde las estructuras sociales, observándose que las desigualdades entre hombres y mujeres son más profundas, complejas y difíciles de eliminar que la mera distinción de sexos, lo que lleva a replantearse la cuestión en otros términos, y a motivar la aparición de la expresión “género”. Es así, que estudiada esta categoría conceptual de “género” dentro de los diversos campos científicos, pasa como tal al Derecho. Y en tal sentido, se conceptúa, siendo así que como señalan MONSERRAT COMAS y JOAN J. QUERALT :«A diferencia del término sexo que se refiere únicamente a las diferencias biológicas entre hombre y mujer, el vocablo género sirve de base para mostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura familiar–patriarcal y no como fruto de la naturaleza biológica de los sexos” (La violencia de género : política criminal y ley penal, Libro homenaje a G.Rodríguez Morullo. Thomsom/Civitas. Aranzadi, 2005)». Cuestión distinta, es que nuestra Constitución de 1978, aun no pudiera por razones temporales obvias prever tal término.

De otro lado, está claro que el enfoque de género no es pernicioso para el documento del Comité ad hoc del Consejo de Europa para Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos del que hemos dado cuenta, desde el momento en que propone utilizarlo en la enseñanza. Por no hablar del sentido que le da al concepto género la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³.

3.6. Tampoco aceptan las sentencias que comentamos, que los objetivos de las asignaturas de Educación para la ciudadanía, las menciones a los afectos y los sentimientos, y la evaluación de las actitudes de los alumnos sea contraria Derecho (fundamentos jurídicos duodécimo, decimotercero y decimocuarto).

Por ello, respecto de la acusación de los recurrentes acerca de que el propósito gubernamental con dicha asignatura es el de “adoctrinar ideológicamente a los alumnos”, considera el Alto Tribunal que **“asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones derivados de ese documento (Declaración Universal de los Derechos Humanos), de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, identificar los valores que los sustentan y utilizarlos como criterios para valorar éticamente las conductas sociales y colectivas y las realidades sociales, que es a lo que apunta ese objetivo, no implica fines de adoctrinamiento ni trasgresión del artículo 27.2 del texto fundamental”**, siendo así que *“no se está erigiendo a dichos valores en único y excluyente criterio de valoración ética. Y en que asumirlos y considerarlos positivamente consiste en reconocer y comprender la significación histórica de la Declaración frente a los totalitarismos de todo signo y su profundo sentido moral y el que subyace a los valores, principios y derechos recogidos en la Constitución. (...) el objetivo de que el alumno sea capaz de servirse de tales elementos para formar su opinión sobre hechos y comportamientos equivale a situarle en condiciones de apreciar la conformidad de tales acontecimientos y actuaciones con los valores, principios y normas de la Declaración, de la Constitución y del Estatuto. Objetivo que no parece fuera de lugar en la educación de un ciudadano”*.

Por ello, el Tribunal no advierte en este punto el adoctrinamiento del que se nos habla, **“ya que el fin perseguido con la enseñanza de esta materia es que los alumnos conozcan, comprendan y respeten los valores en cuestión y sean capaces de comportarse en la vida pública con arreglo a las normas jurídicas que los expresan.**

³ También: artículos 73, 105, 114 y 208, de la L.O. 2/2007, de 19 de marzo por la que se aprueba la modificación del Estatuto de Autonomía para Andalucía; La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Violencia de Género; art. 87, ter de la La L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

No se busca en cambio, que los acepten en el fuero interno como única y exclusiva pauta a la que ajustar su conducta ni que renuncien a sus propias convicciones”.

En cuanto a las menciones a los afectos y a los sentimientos, el Tribunal insiste de nuevo en que *“la materia Educación para la Ciudadanía aspira justamente a enseñar lo que es preciso saber para actuar como ciudadano. O sea, como miembro activo de la comunidad política tal como está organizada por la Constitución y las normas que la desarrollan. Es decir, apunta a explicar al alumno las reglas de la convivencia, las que le amparan y las que protegen a los demás, así como los procedimientos establecidos para tomar decisiones y para resolver los conflictos. Punto de partida de todo ello es la consideración de la persona como ser libre e igual a los demás, sujeto de derechos y deberes y capaz de ajustar su comportamiento a su propio criterio establecido racionalmente. A esta condición es a la que apunta la autoestima que mencionan los textos reglamentarios”.*

Y añade que *“Por lo demás, enseñar a los alumnos a distinguir entre razones y emociones en su comportamiento como ciudadanos no es excesivo en el sentido que preocupa a los recurrentes.(...) Detrás de estas referencias se halla el propósito de que los niños y adolescentes sean conscientes de los aspectos emotivos, sentimentales o afectivos que inevitablemente se proyectan sobre vida política y social inciden positiva o negativamente en la actuación dentro de ella. De los valiosos conforme a los criterios deducidos de la Constitución, como, por ejemplo, el respeto, la solidaridad, la identificación con las instituciones o el sentimiento de integración política y de los que no lo son por incitar, por ejemplo, a la violencia o al desprecio a los demás.”*

En lo relativo a la crítica de los recurrentes, sobre que **son evaluadas actitudes**, el Tribunal señala que EPC, *“Como las demás materias escolares, ésta debe ser evaluada”*, pero teniéndose en cuenta que sucede que **“en toda enseñanza se persigue no sólo transmitir a los alumnos unos conocimientos, sino también la capacidad de servirse de ellos. Es decir, que, por haberlos comprendido, sepan cuándo y cómo han de utilizarlos. Educación para la Ciudadanía no es una excepción. Por eso, la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se preocupa de decir que la Educación para la Ciudadanía Democrática ha de procurar la adquisición de conocimientos, actitudes y destrezas coherentes con los valores a los que está vinculado. Y, en general, en los textos educativos se habla, también, de aptitudes, actitudes, habilidades y destrezas. Esto no supone, claro está, que la evaluación dependa de la adhesión a principios o valores. Se dirige, por el contrario a comprobar el conocimiento y comprensión de los elementos que distinguen la condición de ciudadano en nuestro Estado social y democrático de Derecho y de la consiguiente capacidad o aptitud para ejercerla respetando ese marco de convivencia. Las actitudes que preocupan a los recurrentes son exclusivamente las que se refieren a esto último, como se desprende sin dificultad de la consideración de los criterios de evaluación recogidos en los reglamentos.**

El objeto de cada uno de los que se enuncian, bien respecto de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos (tercer curso), bien para la asignatura Educación cívico-ética (cuarto curso), apunta a capacidades concretas para identificar situaciones, valorarlas con arreglo a las prescripciones constitucionales y determinar la conducta que con relación a los demás resulta de ellas. En otras palabras, los reglamentos no erigen en factor de calificación del alumno que profese o no profese una fe determinada, ni que acepte internamente como éticamente superiores a cualesquiera otros los valores constitucionales, tampoco consideran a efectos de evaluación sus convicciones personales ni, por tanto, le obligan a desvelarlas. Ni lo hacen ni lo podrían hacer de haberlo pretendido, que no es el caso, porque la Constitución no lo permite, esencialmente, en sus artículos 16.1 y 27.2 y 3. Esas pretensiones repugnan a la libertad religiosa y de conciencia y se salen del cometido que ha de cumplir la educación.

Pero, insistamos, no se adentran en ese terreno. Basta para comprobarlo, tener presente el objetivo al que responde cada criterio de evaluación, el conjunto del currículo de la materia Educación para la Ciudadanía y el sentido que tiene esta disciplina en la concepción que de ella asumen la citada Recomendación, la Ley Orgánica 2/2006, el Real Decreto 1631/2006 y, desde luego, el Decreto 74/2007”.

3.7. No obstante, el pleno del Tribunal consciente de su responsabilidad y de la trascendencia que tiene para la Educación y para el Estado de Derecho cuanto hasta ahora ha dicho, se ve en el deber de advertir frente a posibles excesos de la Administración, en una fórmula que destinada a lograr el consenso, sin embargo, no llega a contentar a los votos particulares (en particular referencia el del Excmo. Sr. Campos Sánchez-Bordona) que considera “insuficiente” la admonición final que al respecto recoge el fundamento jurídico último de las sentencias⁴.

Dice por tanto el Tribunal que :

“Falta por añadir, sin embargo, que los contenidos que asignan esas disposiciones generales a la materia Educación para la Ciudadanía han de experimentar ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así, como, obviamente, de la manera en que se expongan. Proyectos, textos y explicaciones que deben moverse en el marco que hemos trazado de manera que el derecho de los pa-

⁴ En concreto lo considera insuficiente, en cuanto no ha sido llevado al fallo de la sentencia, al ser un obiter dicta, considerándose que tales admoniciones tienen un valor jurídico relativo que con el paso del tiempo han de ser ignoradas subsistiendo incólume el contenido de las normas que interpretan.

dres a que se mantengan dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución y a que, de ningún modo, se deslicen en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles, cobra aquí también pleno vigor.

Y, en particular, cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los cuales habrán de utilizar decididamente, cuando proceda, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan su finalidad legítima los recursos que se interpongan.

Y :

“Ello es consecuencia del pluralismo, consagrado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y del deber de neutralidad ideológica del Estado, que prohíbe a éste incurrir en cualquier forma de proselitismo. Las asignaturas que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que —independientemente de que estén mejor o peor argumentadas— reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española. En una sociedad democrática, no debe ser la Administración educativa —ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores— quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas. Estas pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales. Todo ello implica que cuando deban abordarse problemas de esa índole al impartir la materia Educación para la Ciudadanía —o, llegado el caso, cualquier otra— es exigible la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.

IV. COMENTARIO

4.1.— Como hemos podido entrever tras la lectura de los precedentes apartados, —que hemos considerado conveniente transcribir en lo más notable, dado el interés de la doctrina jurisprudencial que contienen—, en este caso, el pleno del Tribunal Supremo ha dictado unas muy fundamentadas y extensas sentencias (casi 100 folios con los votos particulares).

El supuesto así lo requería, dada la trascendencia del tema que en el fondo se decidía, que desde luego, no era simplemente dilucidar sobre la bondad

jurídica o no de una asignatura EPC y el derecho de unos padres a oponerse a que la misma fuera cursada por su hijo, pues ello sería una percepción muy plana del problema, o si se prefiere muy superficial, en el sentido de no penetrar en la hondura de la cuestión que se estaba planteando. Y es que lo que en fondo se estaba proponiendo por los recurrentes (aunque probablemente en muchos casos no de forma consciente), **era la relativización del mandato jurídico de las normas, desde el momento en que defendían la posibilidad de exoneración de su mandato con el sólo argumento de la discrepancia personal a la misma.** Como decía la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ante la norma “es razonable que los demandantes, *por razones filosóficas o religiosas, que no tienen porque exponer detalladamente*, como también señala el TEDH y prevé el art. 16.2 CE (sic), pueden estar en *desacuerdo* con parte de la asignatura, y *lógico que soliciten que excluya de ella* a su hijo, a falta de otras previsiones que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa” (f.j. 4º). Por lo tanto, para la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, un mero “desacuerdo” que además no tiene porque explicitarse con detalle, basta para solicitar y obtener la exclusión de la norma aplicable.

Como puede comprobarse, **la carga de profundidad que para el Estado de Derecho tiene este fundamento jurídico es enorme, sólo basta imaginar su traslación a otros ámbitos de imperatividad del Ordenamiento jurídico, para comprender que su aplicación llevaría directamente a la quiebra del Estado de Derecho, sobre la base de un ilimitado derecho a la libertad ideológica y religiosa.** Y frente a ello, no cabe defender, como hace el voto particular del Excmo. Sr. Campos, que pudiera ser admitido tal derecho de exoneración al cumplimiento de la norma en el conflicto entre los motivos de conciencia y los deberes públicos, “a título excepcional y con las garantías debidas” en el ámbito de la función jurisdiccional⁵, en cuanto “volcada a la resolución de los conflictos singulares a partir de parámetros normativos que no se agotan en la ley”, dado que ello, sería tanto como sustituir el imperio de la ley, por el universo de la justicia del cadí o juez.

Es por ello, que el pleno del Tribunal Supremo acomete su tarea con extraordinaria dedicación, contundencia y amplio despliegue en su argumentación, dada la trascendencia del fondo de la cuestión planteada.

4. 2.– Situado así, en sus justos términos el enfoque del problema, no cabe duda de que la doctrina jurisprudencial más interesante del Tribunal en es-

⁵ Primero de su voto particular

te punto, es la que se refiere al estudio de la posibilidad de reconocimiento del derecho de objeción de conciencia sin interpositio legislatoris, en cuanto derecho derivado directamente de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

No obstante, y en este punto, el Tribunal Supremo, se muestra –pese a la contundencia de su decisión de no reconocimiento como tal derecho general–, excesivamente parco a nuestro juicio en cuanto a la motivación jurídica de su aserto, dado que si bien acierta a señalar las razones de porqué las SSTC 53/1985, 177/1996, 154/2002, y 101/2004 no son válidas a los efectos de extraer principios generales capaces de sustentar un derecho de objeción de conciencia general, sin embargo, en positivo, no aprovecha el potencial que ofrecen las SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 55/1996, y los ATC 71/1993, 214/1996, 319/1996, 135/2008, resoluciones todas ellas que uniformemente, en las diferentes materias que abordan (en su mayoría derecho a la objeción respecto de la prestación social sustitutoria o deberes fiscales) niegan con rotundidad la existencia de un derecho a la objeción de conciencia derivado del artículo 16 de la Constitución, precisamente, sobre la base de que ello supondría «*la relativización de los mandatos jurídicos*» (ATC 71/1993), poniendo en peligro la idea misma del Estado, pues como nos dice la STC 161/1997, fundamento jurídico tercero : « ***La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado***».

De otro lado, y en negativo, dejando a un lado las SSTC 177/1996, 101/2004, y 154/2002 que en modo alguno estudiaban peticiones de denegación del derecho a la objeción de conciencia, sino vulneraciones directas del derecho a la libertad ideológica y religiosa, –lo que como señala la propia sentencia, es algo distinto dado a la objeción de conciencia que presupone la existencia de un deber jurídico válido–, sólo la STC 53/1985, pudiera considerarse en una primera aproximación como aparentemente contradictoria con la línea uniforme que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional desde la STC 15/1982. Y decimos en una primera aproximación, en cuanto que existe un rasgo diferencial básico entre el caso que la misma contempla (posibilidad de que el personal sanitario pueda oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo) y la posterior doctrina constitucional, y es que si en el primer caso (STC 53/85) tratamos de la dispensa al cumplimiento de una *mera obligación estatutaria*, en el resto de los supuestos tratamos de la obtención de dispensa al cumplimiento de *un deber general*. O lo que es lo mismo, una cosa es que la norma de con-

ciencia entre en contradicción con un deber general constitucional cuyo cumplimiento tiene como finalidad la satisfacción de un interés del que es titular la comunidad misma y que participa de la función de sostén del sistema democrático y constitucional, y otra distinta, la de aquellos casos en los que la norma de conciencia con lo que entra en colisión es con obligaciones que no son tipificables ni como garantías institucionales ni de carácter general, ya que derivan de un contrato o de una relación estatutaria, pareciendo en este caso lógico al Tribunal Constitucional arbitrar dicha diferencia.

4.3. Otro punto, que entendemos que podía haber sido objeto de un mayor desarrollo, es el que se refiere a la **interpretación de la doctrina del TEDH**, dada la aplicación errónea que de la misma hicieron los recurrentes y la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Y es que la doctrina del TEDH, sobre la libertad religiosa, no se agota en las sentencias de los casos Folguero y Zengin. Así, con carácter general, el TEDH tiene declarado que el art. 9 del Convenio de Roma enumera las diversas formas que puede adoptar la manifestación de una religión o de una convicción, a saber el culto, la enseñanza y la realización de ritos, pero sin embargo *no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o convicción* (STEDH de 1 de julio de 1997, caso Talaç contra Turquía), *ni garantiza la exclusión de los deberes generales* (Decisión de 5 de julio de 1977, caso X contra República Federal de Alemania, Decisión de 14 de octubre de 1985, caso Johansen contra Noruega), ni reconoce el derecho a la objeción de conciencia siquiera en la prestación del servicio militar obligatorio (STDH 23–1965, Grandrath c/RFA), como tampoco protege cualquier acto justificado o inspirado por una religión o convicción (STEDH de 24 de junio de 2004, caso Vergos contra Grecia), hasta el punto de que en ésta última sentencia trae a colación al efecto de su decisión la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América relativa a las “facially neutral laws”; y así, en § 25, asume que *“Estas leyes no versan directamente sobre la regulación de una práctica religiosa, pero pueden eventualmente tener consecuencias restrictivas para la libertad de culto. Según la jurisprudencia americana, estas leyes pueden exigir un comportamiento incompatible con una práctica religiosa o prohibir un comportamiento impuesto por los ritos especiales de una religión. La posición del Tribunal Supremo en esta materia es al siguiente: No se ha aceptado jamás que las convicciones religiosas de cualquiera puedan sustraerle a la aplicación de la legislación pertinente en vigor que prohíba un cierto tipo de comportamiento en materias cuya regulación incumbe al Estado (...). La jurisprudencia afirma que el derecho al libre ejercicio de la religión no sustrae nunca a un individuo de su obligación de someterse a una Ley válida y neutra de aplicación general por el hecho de que esta Ley proscriba (o prescriba) un comportamiento que su religión prescribe (o proscri-*

be)” –*cf.* *Employment División, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961)⁶.

De otro lado, como bien dice la sentencia que comentamos, las sentencias Folguero y Zengin, no son aplicables de plano al caso presente, con independencia, de que podamos extraer los principios generales de la doctrina del dicho Tribunal, que si cumplen una función hermenéutica en la aplicación de nuestro Derecho. Con todo, esta instrumentalidad interpretativa no coloca a la jurisprudencia del TEDH –ni al propio CEDH– en una posición jerárquica semejante a la de las normas constitucionales, de modo que las mismas puedan extender o modificar inconstitucionalmente el objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales, a tenor de lo dispuesto en los arts. 95 y 96.1 CE respecto de la imposibilidad de celebrar un tratado con estipulaciones contrarias a la CE – sin antes reformar ésta– y a la integración en nuestro ordenamiento jurídico (únicamente) de los tratados internacionales válidamente celebrados. Y todo ello lo decimos, en cuanto que el manejo interpretativo de las sentencias del TEDH a supuestos distintos de los fallados (cual sería el caso) ha de realizarse a la doctrina contenida en dichas sentencias, lo que es congruente con el hecho de que el TEDH a la hora de dictar sus resoluciones tenga en cuenta el marco constitucional normativo del Estado miembro que ha sido demandado, que evidentemente puede diferir del marco constitucional español. Pero lo que no puede hacerse, tal y como lo hizo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, es introducir de plano en el Ordenamiento jurídico español, instituciones de otros Ordenamientos jurídicos con funcionalidades propias del sistema en el que se integran, por la vía de la integración plana de los supuestos de hecho contemplados por las sentencias del TEDH. En una dogmática constitucionalmente adecuada, lo que procede es utilizar la doctrina del TEDH como canon de interpretación, pero no los supuestos fácticos que en concreto enjuician las sentencia, como vía de innovación normativa.

Y en ese análisis de la doctrina del TEDH, resulta fundamental resaltar un aspecto concreto de la doctrina jurisprudencial del TEDH, que ni el pleno del Tribunal, ni el voto particular del Magistrado Sr. González Rivas recogen, cual

⁶ En este sentido, tampoco puede compartirse las tesis del voto particular del Magistrado González Rivas, sobre el reconocimiento de un derecho jurisprudencial en EEUU que apoyaría la tesis de la libertad de conciencia como un absoluto frente al Estado, dada la transcripción que de la misma hace el TEDH, que desde luego está lejos de confirmar la tesis del voto particular .

es que precisamente en dichas resoluciones el TEDH citadas, expresamente se señala que «*la definición y planificación del programa de estudios competen en principio a los Estados contratantes. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas (Sentencia Valsamis [TEDH 1996, 70] , previamente citada, pg. 2324, ap. 28). En particular, la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen [TEDH 1976, 5] , previamente citada, pg. 26, ap. 53)*», todo lo cual no está reñido con que se prohíba al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Éste es el límite a no sobrepasar (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen [TEDH 1976, 5]).

A todo ello se suma, que como bien dice la sentencia del pleno del Tribunal Supremo, los supuestos fácticos contemplados por las sentencias Folguero y Zenginm son completamente ajenos al presente de EPC, dado que lo que se estaba dilucidando en dichos pleitos era la determinación de si los *contenidos de las asignaturas y la concreta forma de impartición* de la misma constituían o no adoctrinamiento religioso en cuanto límite a no sobrepasar, para lo cual realizaron un análisis particularizado de cada caso, concluyendo que ambos Estados no respetaron el derecho de los padres del citado art. 2 en la medida en que no velaron porque las informaciones y conocimientos que figuran en el programa de la asignatura fueran difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista, y ello como consecuencia de dos elementos. Por un lado, porque las señaladas asignaturas poseían una marcada vocación cristiana en un caso y musulmana en otro. Pero por otro, en cuanto que además, en la enseñanza de la asignatura se preveía la posibilidad de que los alumnos tuvieran que llevar a cabo actividades de naturaleza religiosa, como rezos, cánticos religiosos, memorización de suras, interiorización de los textos religiosos, etc, todo lo cual en sí mismo concluye el TEDH supone la *posible* injerencia en las convicciones religiosas o filosóficas de los padres. Y es aquí, donde precisamente entran en juego la cláusulas de salvaguarda del derecho de los padres a su libertad ideológica o religiosa, o lo que es lo mismo : la necesidad para el Estado de prever algún mecanismo que garantice el respeto de estas últimas, dado que el Protocolo no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos de carácter religioso o filosófico, conforme a su doctrina anteriormente transcrita. **Con evidencia, expulsar la for-**

mas de adoctrinamiento en la imposición e impartición de una asignatura (religiosa por los demás) es una cosa, y otra distinta, oponerse de plano a que el Estado pueda difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico, lo que expresamente permite como señala el TEDH, el artículo 2 del Protocolo del CEDH.

4.4. De otra parte, resultan brillantes a nuestro juicio, los fundamentos jurídicos de la sentencia que puntualizan las premisas de las que se ha de partir en el análisis de la cuestión, y que después se anudan a la negación de que nuestro sistema sea indiferente a un sistema de valores. Es más, si intentamos hacer un esfuerzo de memoria, podremos convenir, en que hacía mucho tiempo que una sentencia del Tribunal Supremo no contribuía con sus aportaciones a “hacer Estado” con mayúsculas, a conformar y dar forma al Estado constitucional español, como tal Estado Democrático y de Derecho.

Y es que las tesis contrarias a lo que conducen por derivación, es a la desintegración del Estado, o en palabras del Tribunal Constitucional, a la «*negación misma del Estado*». El propio voto particular del magistrado Campos Sánchez-Bordona, (el más perspicaz de todos), consciente de dicho peligro, llega a señalar que el juego conjunto de los artículos 27.3 y 16.1 CE, «*no legitima la protección de convicciones –personales o colectivas– abiertamente hostiles que pretendan la destrucción de los fundamentos mismos del orden jurídico que el poder constituyente ha instaurado*». Lo que ocurre, es que si abrimos dicho frente de indeterminación jurídica, lo primero que deberíamos saber es cuando una conducta es “abiertoamente” hostil al Estado mismo. O dicho de otra manera, conocer si caben conductas que siendo hostiles al orden jurídico instaurado, al no serlo “abiertoamente” pueden admitirse, y aun en ese caso, saber qué es hostil, y sobre todo conocer quien determina fuera del principio democrático lo que puede ser hostil. A partir de aquí, nos deslizaríamos por una pendiente de indefinición de conceptos jurídicos indeterminados que resulta cuanto menos preocupante en un Estado que se dice Derecho y que proclama el principio de igualdad.

Por eso, desde esta perspectiva, no pueden compartirse los razonamientos del voto particular de Don Juan José González Rivas cuando señala que «*frente a la tesis que mantiene la importancia del orden público como límite al ejercicio de la libertad de conciencia en el fundamento jurídico octavo, hay que subrayar las dificultades que entraña concretar las conductas lesivas del mismo, máxime cuando la libertad de conciencia puede representar un límite al concepto de orden público*», o el de Don Emilio Frías Ponce, cuando en su voto afirma que «*estamos ante una*

cuestión de límites y los derechos y libertades son la barrera a la acción del poder público y no al contrario». No es posible comparar cual si se tratara de idénticas categorías, las potestades públicas con los derechos y libertades fundamentales, para afirmar que ambos son mutuamente límites unos de otros. Este es un argumento que en una primera aproximación provoca la fascinación de la simplicidad, pero que en una lectura más sosegada nos impide aprehender la compleja realidad de las categorías jurídicas. Y es que si el orden público forma parte de las potestades o poderes del Estado, los derechos y libertades fundamentales de quien se predicen es del ciudadano. Esta diferencia pese a ser obvia, no es por ello menos importante, dado que si bien el estatus propio del ciudadano determina que sus derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente puedan desplegarse y ejercitarse expansivamente más allá de su contenido esencial hasta su propia colisión con el orden público establecido, que es su límite, en el caso del Estado y para el ejercicio de sus potestades, no basta el mero reconocimiento de las mismas, sino que además éstas sólo pueden desplegarse dentro de las líneas que marca el propio Ordenamiento jurídico, de tal manera que las potestades de orden público sólo son posibles en los estrechos márgenes que le permite la Ley, siendo así, que si el orden público confronta e infringe los derechos fundamentales que son su fundamento, de lo que podríamos hablar entonces, no sería ya de una cuestión de límites, sino ante una directa vulneración de la norma del Ordenamiento jurídico que contempla las potestades públicas. Por eso, no se trata como dice el voto particular del Sr. González Rivas de hacer un “juicio de ponderación” entre libertad y orden público, sino que de lo que se trata es de conocer si la norma que establece las reglas de orden público es ajustada a Derecho, porque si ésta es conforme al Ordenamiento jurídico, nada hay ya que ponderar en el cumplimiento de deberes generales que encuentran aquí su límite, y si por el contrario es atentatoria del Ordenamiento jurídico, tampoco cabe juicio de ponderación alguno, sino directamente la expulsión de la norma del Ordenamiento jurídico.

4.5. Pero llegar hasta aquí, hasta afirmar que sólo es válida la norma que no conculca los derechos fundamentales del ciudadano, no ha sido fácil, en cuanto que ello es el resultado del genio jurídico que ha alumbrado la evolución de la humanidad durante más de veinte siglos. Haber llegado a que podamos afirmar como lo hace la sentencia del Alto Tribunal, que *“los derechos fundamentales, son el fundamento moral del ordenamiento”* y que *“expresan, al igual que el concepto nuclear de la dignidad humana que los sustenta y afirma el artículo 10.1 de la Constitución y que los valores superiores enunciados por su artículo 1.1, las exigencias éticas indeclinables sobre las que descansa la convivencia civil”*, ha sido sino el fruto de un tortuoso recorrido que nuestros antepasados tuvieron reco-

rrer, para que nosotros podamos disfrutar de la cota más elevada de derechos que nunca un ciudadano ha tenido en la historia de la humanidad.

En este sentido, lleva razón el voto particular de D. Manuel Campos, cuando recuerda que “El primer –y aún no superado ni resuelto– debate sobre el enfrentamiento entre los dictados del poder público y los imperativos de la conciencia personal se escribió hace ya 2400 años y desde entonces ha sido un “leitmotiv en la filosofía, la teoría política, la teoría jurídica, la ética y la poesía de Occidente” (Steiner). La respuesta de Antígona a Creonte, que Sófocles refleja en los versos 450 y siguientes de su tragedia, pone de relieve cómo frente a la pretensión de sujeción incondicionada a la ley que regía la polis se alza la convicción personal que opone a su cumplimiento serios motivos de conciencia, inspirados para Antígona en las “leyes no escritas” a las que ella apelaba. La tensión entre la conciencia individual y la ley del Estado no ha dejado, pues, de estar presente desde que los clásicos griegos marcaron para la posteridad cuáles eran los desafíos intelectuales y éticos a los que se enfrentaba la humanidad. Ecos de aquel debate se han sucedido en todas las épocas históricas posteriores y siguen llegando hasta nuestros días”.

Precisamente, podríamos considerar que el problema jurídico de que tratamos sobre la polémica asignatura de Educación para la Ciudadanía, no es sino un “eco” de aquel debate histórico, que sin embargo aparece superado en la Filosofía moderna y el constitucionalismo contemporáneo, ya que un concepto tan abstracto como la “conciencia interna” siempre se ha identificado con valores o verdades personales que chocan con la legalidad establecida en tanto en cuanto, el sujeto considera que los valores metajurídicos han de prevalecer sobre el ámbito de la legalidad establecida⁷. Ello nos sitúa en el clásico debate entre los polos del iusnaturalismo radical y el positivismo extremo, que discurriendo por sendas contrapuestas conducen sin embargo, al mismo resultado : el de la separación entre los valores y las normas.

Pero esta dicotomía ya ha sido superada por la Filosofía del Derecho y el constitucionalismo contemporáneo, y debemos no ir hacia atrás, aun cuando sea conveniente mirar al pasado para recordar los diferentes hitos que nos han

⁷ En este sentido, el voto particular de González Rivas, cuando dice que “la objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia, en caso de conflicto”

llevado al momento actual. Recordemos así que el iusnaturalismo hunde sus raíces en la escolástica, que nos ofrece una construcción autónoma de las dos normatividades: Derecho y Moral. Es Santo Tomás, precisamente, el que apunta ya un criterio distintivo de lo jurídico respecto de la Moral, caracterizando como esfera propia del Derecho el mundo de las relaciones sociales, por lo que reiteradamente afirma que las leyes humanas se limitan en su contenido a aquello que sea verdaderamente esencial para la subsistencia de la sociedad y del bien común. Esta dirección fue desarrollada posteriormente por la Escolástica española, singularmente por Francisco Suárez. No obstante la distinción entre los dos órdenes no implica separación tajante en la Escolástica. Es Cristian Tomasio quien da un paso más en su obra *Fundamenta iuris naturalae et gentium* al afirmar que la obligación jurídica es esencialmente coactiva, al regular el Derecho las acciones externas y sólo lo externo, la coacción no puede en cambio alcanzar al *forum internum* de la conciencia, que es donde se producen los actos regulados por la Moral. Con la consecuencia de cuestionar la normatividad del Derecho Natural que quedaría en simple ideal inspirador del único auténtico Derecho: el Positivo. Esta idea de Tomasio es recogida posteriormente por Kant que concluye en la separación absoluta entre el Derecho y la Moral como partes independientes de la Ética, que se ocupan respectivamente, de las acciones externas e internas, por lo que los deberes morales son incoercibles, la conciencia es inaccesible a la fuerza y a la imposición, mientras que los deberes jurídicos pueden exigirse de modo coactivo. Posteriormente con el auge de los modelos científicos y mecanicistas, el positivismo jurídico se difunde en las Universidades europeas de la mano de la Teoría pura del Derecho de Kelsen. No obstante, tras la segunda guerra mundial y el cuestionamiento de los totalitarismos basados en la obediencia del ciudadano y el desprecio al Derecho Internacional público, se buscan nuevos sistemas que permitan la creación de un “orden jurídico justo”. A este axioma responden los autores de lo que se ha dado en llamar iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, en cuanto defensores de un sistema en el que «sin negar la juridicidad del Derecho positivo injusto, establece los criterios para comprobar su disvalor y por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo» (Ruiz de la Cuesta, Tecnos, 1997)⁸.

Se abandonan así tanto los postulados iusnaturalistas radicales, como los positivistas extremos.

⁸ Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica. Tecnos, Madrid, 1997.

A este sistema va a responder el constitucionalismo contemporáneo, y señaladamente la Constitución española de 1978, cuando se autoproclama como un Estado social y democrático de Derecho, en la idea de lo que Carl Schmitt señala como “decisiones constitucionales fundamentales”. Como ha destacado la doctrina constitucionalista, las constituciones contemporáneas han ampliado el ámbito tradicional de su ‘telos’, no limitándose al establecimiento de las reglas por las que deba desarrollarse el proceso político o manifestarse la voluntad estatal, sino incorporando además, con más o menos exactitud, proyectos de reforma del orden social, principios y valores que deben medir la acción del Estado, funciones y deberes que han de ser cumplidos por los ciudadanos, lo que permite hablar de constituciones “ideológico–programáticas”, por contraposición a las “utilitarias” o ideológicamente neutrales.

Así Estado Social es Estado de Derecho y viceversa en la medida en que ni el Derecho del Estado puede desenvolverse al margen de los valores y principios constitucionales que configuran al Estado Social y que se traducen en una serie de objetivos y fines que hay que cumplir, ni el Estado social puede desenvolverse al margen del Derecho, de forma que el Estado se propusiera conseguir aquellos sin someterse plenamente al ordenamiento jurídico, desconociendo los derechos fundamentales de los ciudadanos y los mecanismos formales que los protegen. En este sentido, la pieza jurídica clave que delimita el contenido del Estado social de Derecho en la Constitución española es el artículo 10 y dentro del mismo, la referencia a la “dignidad de la persona” en cuanto exponente de que el ordenamiento jurídico y, a partir de ahí, los ciudadanos y los poderes públicos, deben realizar “lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad”, o como dice la sentencia, los derechos fundamentales, *«son el fundamento moral del ordenamiento»*, (...) *«que expresan, al igual que el concepto nuclear de la dignidad humana que los sustenta y afirma el artículo 10.1 de la Constitución y que los valores superiores enunciados por su artículo 1.1, las exigencias éticas indeclinables sobre las que descansa la convivencia civil»*. **Se puede decir por ello que nuestra Constitución incorpora una filosofía de los valores, que no puede sucumbir por el protagonismo en la práctica política y parlamentaria de una posición puramente pragmática o de relativismo axiológico.**

4.6. A partir de aquí, carecen de todo sentido las acusaciones de los recurrentes de relativismo moral, y la tacha de totalitarismo que atribuyen al “positivismo” del sistema. Como bien señalan las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos, la recepción por el constituyente de los derechos fundamentales como fundamento moral del Ordenamiento jurídico, *«dota al ordenamiento jurídico de un profundo contenido ético opuesto al relativismo que se le*

imputa. Por eso, no admite como derecho cualesquiera prescripciones sino solamente las que sean coherentes con esos fundamentos, valores y derechos fundamentales que lo presiden”, de tal manera que “La Constitución no es relativista en fundamentos, valores y derechos, sino comprometida con los que identifica y reconoce. Aunque sea consciente de que su plena realización, como la de la misma idea de justicia, es un objetivo permanente ya que cada paso adelante en su efectividad descubre nuevas metas, nuevos retos. El artículo 9.2 lo refleja con claridad: existen obstáculos que dificultan o impiden la plena libertad e igualdad de todos. Y una consideración de la evolución histórica de las declaraciones de derechos corrobora la idea del progresivo despliegue de las exigencias de la dignidad que distingue a todos los seres humanos y les hace acreedores de los derechos inviolables que les son inherentes (artículo 10.1). Todo esto evidencia la dimensión moral del orden jurídico que preside un texto fundamental como el de 1978.”

4.7. Y todo este sistema de valores que constituye el sustrato de nuestra Constitución, –evidentemente llamado a desplegarse–, no puede ser invalidado bajo el argumento de un pretendido **principio de neutralidad ideológica del Estado**⁹.

Ello por un doble orden de razones. De un lado, constitucionales, en cuanto que frente a la tesis que sustenta la inconstitucionalidad de la asignatura en que el principio de neutralidad ideológica del Estado, impide la intervención en la educación de los poderes públicos, debe recordarse que conforme a la doctrina constitucional (por todas STC 128/2007, de 4 de junio), lo que dicho principio garantiza es la absoluta separación entre el Estado y las distintas confesiones religiosas, de tal manera que se evite «*cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales*” en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de la separación “*introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva*” (STC 46/2001, de 15 de febrero [RTC 2001, 46], F. 4), [de modo que el credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de la relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE”. Dicho principio, lo que acota por tanto, es un ámbito de libertad propio de las confesiones religiosas frente a posibles injerencias de los Poderes Públicos, pero lo que en modo alguno supo-

⁹ En este sentido, el voto particular del Excmo. Sr. E. Frías Ponce.

ne es la imposibilidad del Estado de desplegar los propios valores que sustentan el Ordenamiento jurídico constitucional.

Pero por otro lado, desde una perspectiva filosófica, tal posición que niega al Estado la competencia para abordar la educación cívica, o en palabras propias de la sentencia del Tribunal Supremo la “moralidad cívica o valores morales compartidos” (SSTC 104/1990 y 235/2007), a lo que lleva es a un meditado atomismo. O lo que es lo mismo, si el Estado ha de ser neutral, si los Poderes públicos han de abdicar de cualquier orientación ética basada en valores constitucionales, por la fuerza expansiva mal entendida del art. 16 CE, es claro que vamos hacia la atomización de los valores, que serán tantos como ciudadanos, desvinculándose de cualquier representación colectiva. Es lo que Isaías Berlin califica como “libertad negativa”, en el sentido de que define más por lo que rechaza que por lo que afirma. Como señala Miguel Guisti¹⁰, la ética de la democracia, no puede ser la ética del individualismo y la desintegración social. La democracia no puede cultivar el relativismo moral o axiológico, garantizado por una pretendida neutralidad valorativa del Estado. Y es que si el Estado ha de ser neutral, está imposibilitado para la transmisión de los valores constitucionales, en cuanto los mismos pudieran no ser conforme o acordes con alguna de las 40 millones de éticas individuales que hay en España (tantas como habitantes), que se verían amparadas y se parapetarían tras el enunciado literalista del artículo 16 CE, lo que a su vez puede dar lugar a un evidente peligro : que incluso los integrismos o los defensores de prácticas indignas tengan cabida bajo el pretendido “manto” de la libertad de conciencia, o bajo el anagrama de un mal entendido “multiculturalismo”. Precisamente una sociedad como la que nos ha tocado vivir, en un mundo globalizado, con un fuerte influjo de las teorías integristas, rodeados de sistemas en los que la mujer por definición carece de dignidad, y en el que los flujos de población son cada vez más numerosos, necesita en su propia defensa de la existencia de una ética cívica que forme ciudadanos responsables en valores comunes de convivencia.

Pretender un Estado “neutral”, un Estado que no cultive la virtudes públicas, es el primer e importante paso hacia la destrucción de la democracia misma. De ahí precisamente que sea una estrategia de la Unión Europea, la de procurar que el sistema educativo promueva el aprendizaje de los *valores de-*

¹⁰ Filósofo. Universidad Católica Pontífica de Perú.

mocráticos y de participación de democrática, creando ciudadanos cívicos y responsables. Como señala Victoria Camps¹¹, “si la democracia se propone estar al servicio de la ética, y no de otros objetivos como pueden serlo la perpetuación del partido en el poder, ha de cuidar tres momentos o aspectos a mi juicio irrenunciables : 1) las reglas de procedimiento; 2) la búsqueda de un interés común; 3) la educación en unas virtudes públicas que formen a los individuos como ciudadanos”

Se trata así de evitar lo que Galbraith denominó «la influencia de los ignorantes», entendida la ignorancia como la de los valores necesarios del propio pensamiento y de la relación con los demás. Como señala Fernando Sabater “*la democracia hace que todo el mundo tenga voto y por lo tanto los ignorantes — que desgraciadamente pueden ser muy numerosos— pueden bloquear las soluciones adecuadas, apoyar los integrismos, los populismos, las soluciones brutales, influir, en último término, en el sabotaje de la propia democracia que utilizan, pero la culpa no es puramente del ignorante, sino de quien lo ha mantenido en la ignorancia, de quien no ha luchado por romper esa cadena de ignorancia.*”, de ahí que el destacado pensador señale que “*Superar, en último término, la ignorancia es la única posibilidad de salvarse de ese proceso irracional de tener que seguir puramente las rutinas, los tópicos, los lemas y los slogans baratos. La influencia de la ignorancia es el mayor peligro de todas las democracias, empezando por las más altas y las más elevadas. Por esto la educación y la educación ética son partes imprescindibles de cualquier formación humana. No se puede formar solamente a las personas desde el punto de vista laboral; formarles para que sepan apretar botones o para que cumplan funciones más o menos gestoras, sin haberles formado la capacidad de convivencia y ciudadanía, que no surge naturalmente de las personas. Los demócratas no surgen de las piedras naturalmente, como las flores silvestres; hay que cultivarlos, regarlos. Los griegos tenían claro que la paídeia era una parte absolutamente imprescindible de la democracia; que precisamente, la democracia es, ante todo, una máquina de crear demócratas, si no está perdida. Para crear esos demócratas hay que formarlos, dar unos principios elementales, hay que aprender a discutir y discutir mientras se enseñan los principios.*”¹²

Y es que, como señala Sabater y a modo de corolario, “*El primer objetivo de la educación consiste en hacernos conscientes de la realidad de nuestros semejantes.*”

¹¹ Catedrática de ética de la Universidad de Barcelona. Ética y democracia. Una ética provisional para una democracia imperfecta. Revista de Estudios constitucionales. Num.6. 1990.

¹² Catedrático de Filosofía. Del discurso de investidura como doctor honoris causa en la Universidad Simón Bolívar (Caracas, Venezuela). 1998.

Valga para ello EPC, asignatura que impartida con las condiciones que señala nuestro Alto Tribunal, puede suponer un importante vehículo de transmisión de la democracia y de los valores constitucionales de nuestro Estado, y celebremos la existencia de sentencias del Tribunal Supremo como las que comentamos, que en mucho nos recuerdan las primeras dictadas por dicho Tribunal tras la entrada en vigor de la Constitución, cuando era necesario instaurar pautas democráticas en el funcionamiento del nuevo Estado. Lo que lamentamos, es que tras treinta años de democracia, haya tenido que ser recordada por el Tribunal Supremo *“la dimensión moral del orden jurídico que preside un texto fundamental como el de 1978.”*

La Sentencia de 28 de enero de 2009 del Tribunal Supremo sobre el silencio administrativo en las licencias urbanísticas

M^a del Carmen Ortiz de Tena
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Damos cuenta de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, que resuelve un recurso de casación en interés de ley, y fija como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley de 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Como es sabido, el juego del silencio positivo establecido como regla general en la Ley 30/1992 había suscitado algunas dudas sobre la posibilidad de adquirir o no licencias urbanísticas amparándose precisamente en la falta de respuesta expresa de la Administración. Ello produjo situaciones en las que la Administración se veía obligada a revisar de oficio licencias adquiridas de forma presunta y en contra de la legalidad urbanística y el planeamiento.

El recurso de casación que ha dado lugar a la Sentencia comentada se basa en que la resolución pronunciada por la Sala de instancia acerca de la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y planeamiento urbanístico es errónea y gravemente dañosa para el interés general. La Sentencia citada estima el recurso, y zanja la cuestión de la eficacia del silencio positivo para estos casos.

Sentencia de 28 de enero de 2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª). Recurso de casación en interés de la Ley nº 45/2007. Ponente. Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

En la Villa de Madrid, a veintiocho de enero de dos mil nueve.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación en interés de la Ley, sostenido por el Procurador Don Juan Ignacio Ávila del Hierro, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, sustanciado contra la sentencia número 190/02, de fecha 15 de julio de 2002, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de Málaga, habiendo comparecido, como recurridos, Don Guillermo y Don Juan Ramón, representados por el Procurador Don Isacio Calleja García, y han sido oídos el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de Málaga dictó, con fecha 15 de julio de 2002, sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 494/2001, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don José Luis Torres Beltrán, en representación de Don Guillermo y Don Juan Ramón, contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, del Ayuntamiento de Málaga, de 09/03/01, debo declarar y declaro ser conforme a derecho la resolución impugnada, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO

Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico quinto: «En cuanto a la alegación referente a la adquisición de la licencia por silencio positivo no resulta de aplicación el Art. 43 L 30/09 SIC en su redacción dada por L 4/99 esgrimido por los recurrentes sino la normativa específica de la Ley del Suelo y RSCL. Al respecto, si la obra supone ir contra lo establecido

en el planeamiento urbanístico, lo que acontece en este caso al ejecutarse obras para las que no se contaba con la preceptiva licencia e incumpliendo la norma urbanística como se ha visto, conforme al Art. 242-6 LS en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico, incluso aun cuando se tratara de licencia de una obra menor o de otro objeto como es la de primera ocupación, para los que el Art. 9-5 y 7 c) permitiría operar el silencio positivo (SSTS 25/02/92, 26/05/89 y 19/03/89 SIC). Por otra parte, la licencia de primera ocupación, por su íntima conexión con la licencia de obras o edificación, ha de estar sometida al mismo régimen de silencio administrativo que la licencia de obras de la que traiga causa, y en el caso contemplado, tratándose de una licencia de obra mayor, hubiera sido necesario seguir los trámites del Art. 9-7 a) RSCL».

TERCERO

Apelada la indicada sentencia por los demandantes ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, se sustanció, con el número 8/2003, el correspondiente recurso de apelación y la referida Sala dictó, con fecha 29 de marzo de 2007, sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Estimar el recurso interpuesto contra la sentencia identificada en el fundamento jurídico primero de esta resolución, que anulamos. Estimando el recurso contencioso interpuesto, declarando el derecho de los recurrentes a obtener la licencia al haberse producido silencio positivo con el alcance de lo escrito en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia, párrafo último, es decir sin que la Sala se pronuncie sobre la corrección jurídica urbanística de lo obtenido por silencio. Sin hacer especial pronunciamiento respecto del abono de las costas devengadas en este proceso».

CUARTO

Esta sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: «La única cuestión que debe resolverse en esta apelación es, por deseo expreso de las partes, la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la Ley 30/1992 por Ley 4/1999. Escenario en el que no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo. Sobre la misma cuestión se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 24.05.2005, en ella se dice: "...Esta materia ya ha sido estudiada por esta Sala en diversas sentencias partiendo de la doctrina establecida para "unificación de doctrina" en la sentencia 1487/2002 de 4 de noviembre

(Rec. Casa. Unif. Doctri. 1/2002) y que ha sido seguido por otras sentencias de esta Sala y Sección Tercera 14.01.2004, 1.12.2004 y 2.12.2004 (Rec. 1773/2000 y 389/2001). La Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 4/1999, parte de una premisa muy clara en el Art. 43.2 cuando se ha iniciado un procedimiento por solicitud del interesado: "... Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario..." y esa estimación de las peticiones de los interesados se produce según el Art. 43.5 "...desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que esta se haya producido. En nuestro caso, no cabe dudas de que el plazo era de tres meses (plazo ajustado al Art. 42.2 de la Ley 30/1992) y que los efectos del silencio administrativo eran positivos (Art. 43.2) pues la solicitud se hace el 4.3.2002 y no se le notifica la resolución denegatoria hasta el 11.12.2002; como muestra cabe decir que presentada la solicitud en marzo de 2002 el Ayuntamiento de Benaguacil no mueve un papel hasta el 2.08.2002 con el informe del Ingeniero Técnico Municipal y posterior de 4.10.2003 incomprensiblemente deja el último informe el que debió ser primero, el urbanístico, que se hace el 28.10.2002. Con el razonamiento del Ayuntamiento, presentada la solicitud del particular el 4.3.2002 debió emitir informe el Arquitecto Municipal y, sin más trámite, denegar la licencia si entendía que pugnaba con las normas urbanísticas, de nada sirve informar sobre un proyecto que puede ser magnífico técnicamente si las normas urbanísticas van a impedir necesariamente que se lleve a la práctica. Con los parámetros que se acaban de citar es obvio que el 5.06.2002 el demandante había obtenido la licencia de actividad inocua por silencio administrativo positivo y según el Art. 43.3 "La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento... y continúa el Art. 43.5: ...Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho...". Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo; en teoría, no puede darse pues el Art. 43.3 ya hemos visto que producido el silencio administrativo positivo el "procedimiento administrativo ha finalizado". La Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992, lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto, si por la exis-

tencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo dejase de ser operativa, sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por Ley 4/1999; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad: "...Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley..." y, en consonancia con la exposición de motivos el Art. 43.4.a) sólo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo (el procedimiento ha finalizado: Art.43.3). Por ello, al enjuiciar el fondo del proceso el prisma que debe adoptarse es ignorar la resolución expresa, si el actor tiene razón en su pretensión el Tribunal condenará a la Administración a entregarle el certificado, caso contrario puede y debe analizar la resolución expresa de la Administración dependiendo de los motivos de impugnación y planteamiento que haga el recurrente. El paso siguiente será determinar qué efectos jurídicos debemos dar a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, cuando afirma: "...En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. La solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada, salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada...". El precepto de gran raigambre en nuestra legislación urbanística, baste la lectura del Art. 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como otros que le precedieron a nivel estatal y que con mimético contenido puede leerse en las diferentes leyes del

suelo de las comunidades autónomas, debe ser interpretado con lo expuesto sobre la Ley 30/1992 modificada por Ley 30/1999 SIC. Efectivamente hemos concluido: El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo. El particular puede hacer valer su licencia ante cualquier administración o particular. En consecuencia con estas dos premisas "...no puede dictar ninguna resolución denegando la licencia..", sin que nos pueda llevar a engaño el Art. 43.4.a) "...En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo...", la Administración en este caso no reabre el procedimiento administrativo terminado por silencio administrativo positivo ni concede ningún derecho al particular ni facultad que no tenga con el silencio administrativo positivo simplemente le certifica lo que la Ley le ha concedido, que puede tener trascendencia para el particular en ámbitos como solicitar créditos bancarios para instalaciones, etc. pero son efectos de índole práctico y operativo para una empresa o particular no jurídicos. Por tanto, si un particular cuenta con una licencia obtenida por "silencio administrativo positivo" que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno, el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999. Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea. La interpretación que hace la Sala no es novedosa y puede encontrarse en la legislación urbanística de diversas Comunidades Autónomas, tomemos el art. 5.2 de la Ley Catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, afirma "...En ningún caso pueden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan esta Ley o el planeamiento urbanístico..." pero el Art. 180.2 cuando pretende materializar la imposibilidad de adquirir facultades por silencio administrativo es muy claro "...La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo establecido en la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en la materia se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 5.2 y en el marco de lo establecido en la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común...". En el mismo

sentido el Art. 176 de la Ley Aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística, "...Transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico...". Por tanto, se estima el recurso en el sentido de anular la denegación de la licencia de forma expresa como la desestimación presunta del recurso de reposición. No obstante, en el suplico de la demanda y recurso de apelación existe una petición "...acuerde conceder a mi mandante la mencionada licencia de apertura solicitada el 04.03.2002...", la Sala no concede la licencia sino que reconoce que la ha obtenido por "silencio administrativo positivo...".

QUINTO

Devueltas las actuaciones por la Sala al Juzgado que dictó la sentencia en primera instancia con testimonio de la pronunciada en apelación, se notificó a las partes y concretamente al Ayuntamiento de Málaga con fecha 18 de mayo de 2007.

SEXTO

Con fecha 10 de septiembre de 2007 compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo el Procurador Don Juan Ignacio Ávila del Hierro, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, al mismo tiempo que presentó escrito de interposición de recurso de casación en interés de la ley, alegando que la sentencia contiene una doctrina errónea, ya que en ella se declara que, a partir de la modificación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por Ley 4/1999, el silencio administrativo es siempre positivo sin que resulte impedimento para ello lo dispuesto en el vigente artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de manera que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, considera que, una vez producido el acto presunto de concesión de la licencia en virtud de la figura del silencio positivo, la Administración municipal no puede dictar una resolución denegatoria de la misma sino que tiene que acudir a la revisión de oficio de la licencia obtenida, lo que es contrario a la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias que se citan y transcriben de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y, además, resulta gravemente dañosa para el interés general porque los juzgados inferiores en grado quedan vinculados por esa doctrina errónea sentada por la Sala en apelación y ello conduciría a una situación de

anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de trascendencia social como es el urbanismo, pues se deja sin efecto el precepto contenido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que tiene plena vigencia conforme a lo establecido en las Disposiciones derogatorias de las Leyes 6/1998 y 8/2007, de 28 de mayo, posterior ésta a la Ley 4/1999, sin que pueda aceptarse que lo dispuesto en el referido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 se cumple utilizando los procedimientos de revisión de oficio previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así se termina con la súplica de que se dicte sentencia por esta Sala del Tribunal Supremo, en la que se declare, como doctrina legal, que «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLRDU, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio) es una norma con rango de ley en virtud de la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no se permite adquirir por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico», adjuntándose testimonio de la sentencia recurrida y certificación de la fecha de notificación de la misma al Ayuntamiento de Málaga.

SÉPTIMO

Mediante providencia de 15 de noviembre de 2007 se ordenó reclamar las actuaciones al Tribunal que dictó la sentencia recurrida y que se emplazase a cuantos hubiesen sido parte en las mismas para que, en el plazo de quince días, pudiesen comparecer, lo que llevó a cabo aquél y, con fecha 21 de enero de 2008, compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo el Procurador Don Isacio Calleja García, en nombre y representación de Don Guillermo y Don Juan Ramón, al que se tuvo por comparecido y parte en la representación ostentada, al mismo tiempo que, accediendo a lo solicitado por el representante procesal del Ayuntamiento de Málaga, se libró oficio a este Ayuntamiento para que remitiese el expediente administrativo relativo al objeto del proceso sustanciado en primera y segunda instancia, y, una vez recibido éste así como las actuaciones seguidas ante el Juzgado y la Sala del Tribunal Superior de Justicia, se dio traslado del escrito de interposición al representante procesal de los comparecidos como recurridos a fin de que alegase lo que estimase procedente, quien, con fecha 8 de septiembre de 2008, presentó escrito en el que, sustancialmente, por las mismas razones expresadas en la sentencia recurrida, con algunas consideraciones añadidas respecto del silencio de la Administración sólo imputable a ella, terminó suplicando que se desestimase el recurso interpuesto y que se declarase no haber lugar a declarar la doctrina legal propuesta.

OCTAVO

Conferido el traslado, con fecha 17 de septiembre de 2008, al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formulase las alegaciones que tuviese por conveniente, éste presentó escrito en el que aduce que, si bien la Administración recurrente tiene razón desde el punto de vista material, el recurso no es estimable porque existe doctrina legal derivada de reiterada jurisprudencia, según la cual no cabe adquirir por silencio licencias en contra de la legalidad y el planeamiento urbanístico, licencias que, en cualquier caso, serían nulas de pleno derecho conforme al artículo 62.1 f de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que, a pesar de ser errónea la doctrina de la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, no cabe combatirla a través del recurso de casación en interés de la ley.

NOVENO

Seguidamente se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiese dictamen en el plazo de diez días, lo que efectuó con fecha 14 de noviembre de 2008, en el que considera que el recurso en interés de la Ley debe ser desestimado con imposición de costas a la Administración recurrente por cuanto, aunque la tesis de la Sala sentenciadora es errónea, existe una doctrina jurisprudencial consolidada, según la cual el silencio administrativo positivo no opera cuando la licencia solicitada es contraria a la normativa urbanística, de manera que la doctrina legal que se propugna es la que ya tiene establecida la jurisprudencia.

DÉCIMO

Emitido el dictamen por el Ministerio Fiscal, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 14 de enero de 2009, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS ERNESTO PECES MORATE,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La representación procesal del Ayuntamiento de Málaga sostiene que la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Con-

tencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo.

En la mencionada sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, declara, en síntesis, que la licencia urbanística, a que se contrajo el pleito sustanciado, al haber transcurrido el plazo marcado por la ley para que el Ayuntamiento resolviese, se adquirió por silencio positivo, por lo que anula la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había considerado que, conforme a lo establecido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, por ser la licencia pedida al Ayuntamiento contraria al ordenamiento urbanístico no podía entenderse adquirida por silencio administrativo.

SEGUNDO

Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado aducen en sus respectivos informes que, aun cuando la tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia es errónea, al existir jurisprudencia consolidada en sentido claramente contrario al de dicha Sala sentenciadora, no es cauce adecuado el recurso de casación en interés de la ley para fijar una doctrina legal que ya existe y que ha sido infringida por aquélla.

No podemos aceptar este planteamiento porque, aun cuando es cierto que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha mantenido que en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento urbanístico, no es menos cierto que el criterio del Tribunal a quo se basa en la modificación introducida en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual, a su parecer, procede separarse de aquella doctrina jurisprudencial

construida sobre unas premisas normativas que han desaparecido al promulgarse la mentada modificación, que configura el silencio como positivo en todo caso, también respecto de las licencias urbanísticas contrarias a la legislación o al ordenamiento urbanístico, que sólo tienen un cauce de corrección a través de la correspondiente revisión por la propia Administración como conducta obligada para ésta.

Aunque esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, nunca examinó como cuestión central si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación, razón por la que, en contra del parecer del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, debemos entrar a conocer del recurso de casación en interés de la ley deducido por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga.

TERCERO

La Sala sentenciadora se remite, en apoyo de su tesis, a lo declarado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en varias sentencias, entre las que tenemos a la vista una de fecha 24 de noviembre de 2006 (recurso de apelación 184/2006), a la que se formuló un muy razonado voto particular en sentido opuesto.

También justifica su decisión la Sala de Málaga con lo establecido por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, aun cuando se sirve de ella como criterio exegético, ya que por razones temporales no era de aplicación, y termina con una singular interpretación de lo establecido en los artículos 43.2 de la Ley 30/1992 y 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, por entender que el significado de este último precepto no es otro que un mandato dirigido a la Administración y al solicitante de la licencia, que «intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico», lo cual, según la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia, «es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio».

No comparte esta Sala del Tribunal Supremo ese parecer por las razones que seguidamente vamos a exponer, aunque no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiem-

po y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar.

CUARTO

Vaya por delante que el artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general.

Este, declarado expresamente vigente en la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, establecía que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

El artículo 8.1 b), último párrafo, del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición final primera I del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

QUINTO

También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario».

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de

Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

SEXTO

Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2004 SIC (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 SIC (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1. b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España.

SÉPTIMO

Al ser estimable el recurso interpuesto, no procede, conforme a lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, formular expresa condena al pago de las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, singularmente lo dispuesto en el artículo 100 de la vigente Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que, con estimación del recurso de casación en interés de la ley sostenido por el Procurador Don Juan Ignacio Ávila del Hierro, en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, debemos declarar y declaramos, sin afectar a la situación jurídica particular derivada de dicha sentencia, como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, cuya parte dispositiva se publicará en el Boletín Oficial del Estado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

II. DERECHOS Y LIBERTADES

A. Derechos fundamentales y libertades públicas

1. Sentencia 59/2008, de 14 de mayo (BOE de 4 de junio). Ponente: Sala Sánchez (Cuestión de constitucionalidad)¹

Preceptos constitucionales: 10, 14, 24.2

otros:

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal.

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

¹ En el n° anterior de esta Revista ya aparecía reseñada esta Sentencia, aunque de forma fragmentaria e incompleta, debido a un error del responsable de esta Sección en el manejo de sus archivos informáticos. Subsanaamos ahora ese error, con la ficha completa, al tiempo que solicitamos la indulgencia de nuestros posibles lectores.

Materias: Principio de igualdad. Principio de culpabilidad.

El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 153.1 CP en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 CE al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el art. 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado. Comenzará el TC examinando el vicio de procedibilidad y los argumentos contrarios a la admisión a trámite de la presente cuestión por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC. Considera el TC pertinente este examen porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto desestimatorio, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 166/2007, FJ 5, y las allí citadas); el TC rechazará los argumentos a favor de la inadmisión de acuerdo con su doctrina, en cuya aplicación el trámite de audiencia se ha realizado con la observancia de los requisitos fijados en la LOTC, cumpliendo su doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 166/1986, FJ 4); no se aprecia que la falta de cita expresa del precepto cuestionado sea suficiente motivo de inadmisión; defecto subsanado con posterioridad, lo que impide apreciar indefensión o desconocimiento del fundamento de la cuestión o del precepto en que ésta se basaba: será criterio del TC que se han cumplido los únicos requisitos exigibles en dicho trámite, como ya apreció en la STC 42/1990, sin que sobre recordar con la misma que el otorgamiento de la audiencia efectuado en forma imprecisa constituye “*un defecto que carece de suficiente entidad para ser elevado a causa de inadmisibilidad que impida el examen del fondo cuestionado si ... la indeterminación es sólo relativa, pues las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales*” (FJ 2). Se aprecia por el TC que se cumplen las dos exigencias impuestas por el art. 35.1 LOTC: la aplicabilidad de la norma legal al caso y la adecuada formulación del juicio de relevancia; se considera realizado éste por el órgano de enjuiciamiento, pues en absoluto se observa “*que sea notorio que no existe el nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso a quo*” (STC 100/2006, FJ 2). Considera al respecto el Au-

to de cuestionamiento que, de estimarse constitucional el precepto, la pena de prisión imponible al agresor tendría, en aplicación de la agravación de realización de la agresión en el domicilio común contemplada en el art. 153.3 CP, un mínimo de nueve meses y un día, mientras que si el precepto se reputara inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE no podría aplicarse esta pena. La exposición de esta diferencia constituye un argumento suficiente de relevancia de la presente cuestión. En atención a las cuestiones planteadas por el Auto de cuestionamiento, el TC analizará en relación con el art. 153.1 CP en cuanto dispone “[e]l que por cualquier medio o procedimien-
to causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, ... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”. La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad por cuanto en relación con lo establecido en el art. 153.2 CP, se establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio. Será criterio del TC que el análisis de la cuestión suscitada exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto; la primera precisión (a) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito; la segunda precisión (b) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Por lo que se refiere a (a), estima el TC que la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso (“el que”) del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable. Considera el TC que no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo ‘*en los casos y en la forma previstos en la Ley*’: *en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas*” (STC 140/1986, FJ 5); considerará el TC que su punto de partida ha de ser el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto

activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo); Sólo si esta norma resultara inconstitucional se analizaría la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir la tarea propia del TC, es decir, “*explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución*” (SSTC 76/1996 FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, FJ 18; 202/2003, FJ 6; 273/2005, FJ 8; 131/2006, FJ 2; 235/2007, FJ 7). En relación con (b), es decir, en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”; con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, delimitado éste en función de las mismas y determinado su contenido material respecto al precepto que sirve de comparación, considera el TC llegado es el momento de responder a su cuestión principal: si dicho precepto es inconstitucional en cuanto infractor de lo dispuesto en el art. 14 CE. Recordará el TC su doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, FJ 4; 214/2006, FJ 2; 3/2007, FJ 2, y 233/2007 FJ 5: dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación; cabe contemplar “*en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas*” (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, “*los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas*” (FJ 6; también SSTC 155/1998, FJ 3; 180/2001, FJ 3). Por lo que se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, “*Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discrimi-*

nación (STC 75/1983, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe” (STC 200/2001, FJ 4); no obstante, “este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, FJ 6; 128/1987, FJ 7; 229/1992, FJ 2; 126/1997, FJ 8 ...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación” (FJ 4). Comenzará el TC analizando la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; AATC 233/2004, FJ 3; 332/2005 FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el “el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución”, demarca “los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal ... Lejos ... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (STC 161/1997, FJ 9). Desde esta consideración propedéutica el análisis del art. 153.1 CP por parte del TC consistirá en enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la

Constitución a la intervención legislativa. El Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo; será criterio del TC que es ésta la perspectiva adecuada de análisis el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito de la interdicción de discriminación del art. 14 CE; según el TC la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada. Será exigencia del principio general de igualdad del art. 14 CE que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación; descartada la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ 10), distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992. La norma cuestionada como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos; su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. Este objeto se justifica en la “*especial incidencia*” que tienen, “*en la realidad española ... las agresiones sobre las mujeres*” y en la peculiar gravedad de la violencia de género, “*símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*”, dirigida “*sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”, y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja, como advierte la Exposición de Motivos de la L 1/2004. Para el TC es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es “*elemento definidor de la noción de ciudadanía*” (STC 12/2008, FJ 5) y contra ella atenta de modo in-

tolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada —la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP— no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora; será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos y el círculo de sujetos pasivos; continuará razonando el TC, la justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), ya que el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima; esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas, necesidad que viene amparada en la frecuencia de los hechos que se tipifican, frecuencia que constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena. Por lo que se refiere a la diferenciación relativa al sujeto activo no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente: si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos; expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos. Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del art. 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones

tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena; esto último es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que el TC no puede calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”; en la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece; esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves; de un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor; terminará el TC su argumentario estimando que no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. Recordará ahora el TC que la legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de igualdad (art. 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional; este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue; el baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “*contenido mínimo*”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas,

y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, FJ 12); sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “*desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa*” (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, FJ 23); tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada; es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP) y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor; reiterará el TC que podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora. Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena, debiendo subrayarse, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “*en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*”, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP. De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del Juez penal destaca el TC que, cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP —sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer— y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor; asimismo, el legislador permite calibrar “*las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*” con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP. Por lo que se refiere a la posible contrarie-

dad de la norma con el principio de culpabilidad penal; las objeciones de la cuestionante, en primer lugar, se sustentan en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima; en segundo lugar, la segunda objeción relativa al principio de culpabilidad se pregunta si no se está atribuyendo al varón “*una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor*”. El TC estima que no puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente; Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, en opinión del TC, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente; no estima el TC que se trate de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja; tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento, se trata de que el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima. El TC tampoco estima la segunda objeción del Auto de la cuestionante, admitirá que “*la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal*” [STC 150/1991, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, FJ 2; 150/1989, FJ 3; 246/1991, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 b)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “*imponerse al sujeto responsable del ilícito penal*” [STC 92/1997, FJ 3; también, STC 146/1994, FJ 4 b)]; “*no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos*” [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe “*la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente*” del sujeto sancionado, a si concurría “*dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia*” [SSTC 76/1990, FJ 4 a); 164/2005, FJ 6], al “*elemento subjetivo de la culpa*” (STC 246/1991, FJ 2). En aplicación de esta doctrina considerará el TC

que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas; considera el TC que se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres; estimará el TC que como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no puede apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad. Se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Se han producido Votos Particulares de los Magistrados Conde Martín de Hijas; Delgado Barrios; Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas; la extraordinaria extensión de la STC y la de los propios VVPP, nos hacen renunciar a extractarlos.

2. Sentencia 76/2008, de 3 de julio (BOE de 24 de julio). Ponente: Gay Montalvo (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas).

Preceptos constitucionales: 10, 14, 24.2

otros:

Objeto: primer inciso del art. 153.1 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Materias: Principio de igualdad; derechos inviolables inherentes a las personas; derecho a la tutela judicial efectiva.

(Las SSTC 76, 81 a 83 y 95 a 99, todas de 2008 siguen en su Fallo a la STC 59/2008 ya que ya fue comentada en el n.º anterior de esta Revista aunque de forma fragmentaria e incompleta, subsanados los errores cometidos, la hemos vuelto a reseñar en este número)

3. Sentencia 126/2008, de (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Pérez Tremps (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 14, 23.2, 35, 43 y 103

otros:

Objeto: Disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

Materias: Acceso a la función pública; los requisitos de mérito y capacidad; las posibilidades de excepcionarlos o complementarlos, en situaciones asimismo excepcionales.

El objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad es determinar si vulnera los arts. 14 y 23.2 CE, en relación con el art. 103 CE, la previsión del apartado primero de la disposición adicional vigésima de la Ley 66/1997 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al establecer que en las bases generales para la convocatoria de las pruebas selectivas para ingresar en la categoría de facultativo especialista de área del Instituto Nacional de la Salud que han de celebrarse por concurso-oposición durante 1998, los aspirantes no podrán ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud, sin que proceda extender la cuestión planteada al inciso contenido en la citada disposición adicional de que las bases generales de la convocatoria deben determinar *el número de plazas que será independiente al número de plazas convocadas a concurso de traslados*. Es doctrina reiterada del TC que *aún siendo cierto que el art. 39.1 LOTC permite extender, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados a otros de 'la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley', sin embargo, ésta es una atribución que la Ley hace única y exclusivamente en favor de este Tribunal y no como una habilitación a las partes del proceso constitucional para ampliar el objeto de un proceso que viene delimitado desde la instancia* (STC 81/2003, FJ 7); el órgano judicial ha limitado su cuestionamiento y el juicio de relevancia al inciso referido a la exclusión de los facultativos que ostentaran nombramiento en propiedad, por lo que a esta concreta previsión

queda restringida la posibilidad de pronunciamientos, según doctrina reiterada de este Tribunal. Al quedar excluido de la posibilidad de realizar el concurso-oposición a los facultativos que ostentaran la plaza en propiedad, se argumenta que esta exclusión podría resultar contraria al derecho a la igualdad de los facultativos que ostenten nombramiento en propiedad en el desarrollo de sus funciones públicas, consagrado en los arts. 14 y 23.2 CE, en relación con el art. 103 CE, por ser distintas las plazas ofertadas por concurso-oposición y por concurso de traslado; también porque la exclusión sitúa a los facultativos titulares en una posición de desigualdad respecto del personal interino y de terceros ya licenciados, a quienes se permite participar en el concurso-oposición, generando un trato desigual que no se fundamenta en criterios de mérito y capacidad; solución, además, que no responde a razones de organización y de eficacia, ya que no se justifica que la eficacia del servicio quede mejor garantizada mediante la continuidad del personal interino que con la ocupación de las plazas por quienes accedan a las mismas desde su condición de especialistas propietarios de otras. Considerará el Tc que la cuestión suscitada debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva del art. 23.2 CE, en relación con el art. 103.3 CE; es criterio reiterado del TC que cuando se alega simultáneamente la vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE, las supuestas violaciones de aquél quedan subsumidas en las más concretas de éste (por todas, STC 87/2008, FJ 3); no menos reiterado ha sido el criterio del TC, en cuya virtud, las garantías derivadas de art. 23.2 CE son de aplicación al personal que mantiene una relación estatutaria en el ámbito del Sistema Nacional de Salud (por todas, STC 99/1999), comprendiendo no sólo el acceso a la función pública sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (por todas, STC 87/2008, FJ 3). A tenor de la doctrina del TC el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador (por todas, STC 30/2008, FJ 6); en no menores ocasiones, se ha puesto de manifiesto que es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa; en el segundo supuesto, cabe tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (por todas, STC 30/2008, FJ 5). Ya el TC en relación con las pruebas restringidas ha establecido en que el art. 23.2, en relación con el 103.3 CE, contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, conforme al cual queda prohibida la integración automática de determinados grupos en la función pública y las llamadas *pruebas restringidas* para el acceso a la

función pública (por todas, STC 73/1998, FJ 3); no cabe considerar como pruebas restringidas aquellas a las que puedan presentarse aspirantes que nunca hubieran desempeñado puestos en régimen de interinidad (por todas, STC 83/2000, FJ 4), al tiempo que de cualquier modo, *no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración* (por todas, STC 12/1999, FJ 3). Considerará el TC que en el presente caso no se está propiamente ante pruebas restringidas, ya que la norma impugnada no reserva en exclusiva la participación en el concurso-oposición a quienes venían ocupando con carácter interino las plazas a convocar; ésta está abierta a cualquier persona que cumpla los requisitos comunes y de titulación establecidos en la misma. Para el TC resulta plenamente congruente, con el propio sistema de provisión de vacantes que quienes ya son titulares en propiedad de una plaza de la categoría y especialidad convocadas, no puedan concurrir a un proceso selectivo dirigido a cubrir plazas de la misma condición que aquellas cuya titularidad ya ostentan; la vertiente del art. 23.2 CE afectada es, por tanto, la vinculada con el desarrollo o promoción dentro de la función pública. La norma impugnada significa, sin duda, para el TC, un desconocimiento del tradicional sistema de cupos consagrado normativamente para el acceso a las vacantes producidas en el seno del Sistema Nacional de Salud mas ello no le resulta, en sí mismo, contrario al art. 23.1 CE, ya que, siendo un derecho de configuración legal, el legislador puede configurar como estime conveniente el sistema de provisión. Recordará el TC que ya había establecido que *el funcionario que ingresa al servicio de una Administración pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, sin que en consecuencia pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso* (STC 293/1993, FJ 3); para el TC las Administraciones públicas disfrutaban de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio; la discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (por todas, STC 330/2005, FJ 4). Según el TC la decisión legislativa impugnada tampoco supone una situación de desigualdad de trato respecto de los facultativos interinos, ya que cabe que el legislador tome en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos.

Paratirá en este caso el TC de la existencia de un interés constitucionalmente protegido como es que se asegure, mantenga y facilite el acceso a un mayor y adecuado nivel de atención sanitaria (art. 43 CE), que puede resultar preeminente, de acuerdo con el margen de apreciación que corresponde al legislador; una medida como la prevista en la disposición adicional examinada puede estimarse adecuada a la finalidad y proporcionada respecto de los bienes constitucionalmente protegidos, encontrando su fundamento en la mejora de las condiciones organizativas y de la propia eficacia del Sistema Nacional de Salud así como en la protección de otros bienes constitucionales, como son el derecho a la protección de la salud, cuya tutela corresponde a los poderes públicos *a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios* (art. 43.1 y 2 CE); sin olvidar tampoco la efectividad del derecho al trabajo y la promoción a través del mismo (art. 35.1 CE) de quienes no ostentan plaza en propiedad. Apreciará el TC que se trata de una situación excepcional; para el TC ante la concurrencia de circunstancias excepcionales pueda resultar razonable la adopción de un procedimiento, no menos excepcional, de acceso a la función pública mediante la articulación de un sistema de provisión de plazas que, sin vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad, dé entrada a otros criterios, ante la necesidad de contar con personal especializado para asegurar y mantener el nivel de atención sanitaria de la población con la finalidad de lograr una prestación más eficaz de los servicios sanitarios; asin que pueda olvidarse que al colectivo de facultativos excluidos de participar en el concurso-oposición impugnado se le ofrece la posibilidad de acceder a otras plazas por el sistema de concurso de traslado; tampoco el derecho a la promoción profesional de los funcionarios públicos, indudablemente incluido en el art. 23.2 CE, puede alcanzar tal extensión que llegue a determinar cuáles hayan de ser los concretos puestos de trabajo que hayan de incluirse para su provisión por un concreto procedimiento en detrimento de cualesquiera otros puestos en marcha por la misma Administración pública. En conclusión, el inciso cuestionado no vulnera los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que, para el acceso a la función pública, se recogen en el artículo 23.2, en conexión con el artículo 103.3 CE.

4. Sentencia 129/2008, de 27 de octubre de 2008 (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Casas Baamonde (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24.2, 25.1

otros:

Objeto: Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 643/2005, de 19 de mayo, desestimatoria del recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2003

(procedimiento abreviado 49-2000), condenatoria por delito contra la hacienda pública.

Materias: Tutela judicial efectiva; principio de legalidad penal

El recurrente ha sido condenado a, entre otras, una pena de nueve meses de prisión por la autoría de un delito de defraudación a la hacienda pública; en su demanda de amparo alega que no ha quedado probado el carácter simulado de la compraventa que instrumentaría la conducta defraudatoria que se le atribuye; invocará vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y también, en segundo lugar, el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), puesto que considera que se ha subsumido su comportamiento como delito fiscal sin que concurra el elemento típico de la ocultación o de infracción de deberes tributarios, para apoyar su alegación trae en su defensa la doctrina de la STC 120/2005, así como que el delito había prescrito (arts. 24.1 y 25.1 CE), citando la STC 63/2005 y al entender que el Auto de admisión de la querrela que da lugar al procedimiento se habría dictado con aquel plazo ya cumplido; en consecuencia se solicita la anulación definitiva de las Sentencias impugnadas, así como el cuestionamiento del art. 132.2 del Código penal (CP), regulador de la interrupción de la prescripción. Según el TC las dos primeras quejas de la demanda abordan la misma cuestión desde dos perspectivas constitucionales diferentes; en ambas se impugna la calificación judicial como negocio simulado de la compra por parte de la sociedad Pinyer, S.A., de la totalidad de las acciones de la sociedad Círculo de Management y Control, S.A.; en las dos quejas se considera que en ello reside la clave bien del sentido inculpativo del relato de hechos probados, bien de su subsunción como conducta de defraudación tributaria. Para afrontar la cuestión considerará el TC que procede, en primer lugar, delimitar cuál es la perspectiva constitucional pertinente; no se trata en rigor de la constatación de unos hechos a partir de las pruebas practicadas, o de la inferencia de unos hechos a partir de otros, sino de la valoración del sentido de los mismos en orden a su subsunción o no en la formulación típica que formaba parte de la acusación (la del art. 349 del Código penal de 1973). Los hechos atinentes a las operaciones societarias y mercantiles realizadas por las dos sociedades implicadas no son objeto de discusión como tales a partir de las pruebas practicadas; lo que se discute en realidad es si cabe calificar los mismos como constitutivos de una *defraudación a la hacienda*, en el sentido del art. 349 del Código penal de 1973; es decir si la interpretación de la norma aplicada y la subsunción de los hechos en la misma, es la adecuada, cuestión que analizará el TC desde la perspectiva del art. 25.1 CE. Recordará el TC que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas; se quebrará así el derecho cuando la conducta enjuiciada sea subsumida de un modo irrazonable en el tipo pe-

nal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí; cuando ello ocurra la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). Sostendrá el Tc que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, *pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983; 75/1984; 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley ... La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica... Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, FJ 7; 13/2003, FJ 3; 138/2004, FJ 3; 242/2005, FJ 4; 9/2006, FJ 4; 262/2006, FJ 4). Considerará el Tc que no le compete la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales; así como tampoco la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado; será constreñida su función a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales; sostenibilidad que no puede referirse sino al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los*

delitos y las penas, traducido en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma; podrá ser objeto del análisis del Alto Tribunal la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, que sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada. El TC no constata la objeción constitucional que ex art. 25.1 CE opone la demanda a la interpretación judicial realizada y a la subsunción consecuente a la misma; el entendimiento de que concurre una defraudación típica — una conducta con *un cierto componente de engaño*, según la Sentencia de instancia,— lo sustentan las resoluciones impugnadas en que el negocio de compraventa realizado tiene componentes de simulación, detectadas a partir de la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos, de una parte; de otra, a partir del concurso de una sociedad con importantes y pretéritas bases impositivas negativas; inisistirá, por eso, la Sentencia de casación en que el artificio, y con él el engaño, y con él la defraudación, consiste en la utilización de un tipo de negocio jurídico sin su causa propia, y sin causa alguna que no sea la elusión de impuestos. Esta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las características del negocio practicado, carente del equilibrio de contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito; según el TC ni cae fuera del campo semántico del verbo *defraudar*, que puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos, ni es tampoco el fruto de un razonamiento ilógico o ajeno a las pautas interpretativas asentadas en la comunidad jurídica, sin que en ningún caso lo sea el que se condicione de este modo la juridicidad de ciertas operaciones mercantiles y no revela desde luego la utilización de valores o principios contrarios a la Constitución. Acudirá ahora el TC a analizar el sustento argumental del recurrente en atención a la STC 120/2005, recordará el Tc que en aquella Sentencia se afirmaba que la figura del fraude de ley no puede utilizarse legítimamente para afirmar la tipicidad de una conducta que formalmente se situaba fuera de las fronteras del tipo aplicado; siendo así constitucionalmente reprochable que se sancione con la pena propia de una conducta típica lesiva de un bien jurídico la lesión del mismo bien jurídico a través de una conducta atípica; trayendo en su apoyo la STC 75/1984, la exigencia de tipicidad *se vería soslayada ... si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo*” (FJ 5). Y en frase conclusiva de la STC 120/2005, también para la utilización de la figura del fraude de ley respecto de las normas no penales que se integran en la norma penal, *“la utilización de la figura del*

*fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía in malam partem prohibida por el art. 25.1 CE (FJ 4); negará, sin embargo, el TC que en esta última Sentencia se llegara a la conclusión de que en el caso enjuiciado en ella no podía hablarse de simulación. Sostendrá el TC que en su Sentencia 120/2005 se limitó a constatar que [n]i en una ni en otra Sentencia se consideró ... acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados (FJ 5), y que, además, el Tribunal de apelación consideró que se había producido un fraude de ley tributaria, y que “la utilización de un fraude de ley tributario, como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida por el tipo de defraudar” (FJ 5); es criterio ahora del TC que la STC 120/2005 se limitó a afirmar que la argumentación judicial en la interpretación de la norma aplicada y en la subsunción de los hechos probados en la misma no tenía la razonabilidad suficiente como para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica que informa el derecho a la legalidad penal, pues la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria (FJ 6). Para el TC resulta, a todas luces, diferente el objeto de la presente Sentencia, que no es el enjuiciamiento penal de unos hechos, sino la argumentación de unas resoluciones judiciales a las que se les reprocha la sorpresiva catalogación penal de una conducta como típica del delito de defraudación fiscal; la conclusión penal final de las mismas de que se ha producido una conducta defraudatoria en el sentido del art. 349 del Código penal anterior no se sustenta ya, como en el objeto de la STC 120/2005, en la simple consideración de que se ha realizado un negocio jurídico en fraude de ley, consideración que ahora expresamente se niega, sino en la apreciación de que la compraventa de acciones efectuada tiene componentes de simulación que hacen que la conducta de su promotor reúna todos los caracteres típicos del delito de defraudación tributaria, concluirá así el TC: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; por lo que se refiere a la tercera de las alegaciones sostenidas por el recurrente, relacionada con la decisión judicial de negar la prescripción dos son, para el TC las cuestiones y de índole bien diferente: la primera alegación de la queja invoca sólo el derecho a la tutela judicial efectiva y se refiere al hecho de que el *dies a quo* del plazo de prescripción haya sido fijado en casación por el Tribunal Supremo y no en instancia por la Audiencia Provincial; la segunda, añade como vulnerado el derecho a la legalidad penal (STC 63/2005) pretendiendo que es irrazonable negar que el acto de interrupción judicial de la prescripción acaeció con aquel plazo ya vencido. Recordará el TC, al respecto que, en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin in-*

currir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001)” y que en tales casos “este Tribunal no ha objetado la tempestividad de la interposición del recurso de amparo tras la celebración de la nueva vista y el dictado de las posteriores resoluciones que ponían fin definitivamente al procedimiento judicial (así, STC 249/2005) (STC 23/2008, FJ 2). Entrando de lleno en la cuestión sustantiva el TC considera que en torno a la decisión de prescripción centra su argumentación el recurrente en la falta *de toda mención explícita y motivación* en la Sentencia de instancia acerca de la determinación de la fecha de comisión de delito, y en la imposibilidad procesal de que sea el Tribunal Supremo el que proceda a tal determinación *usurpando las competencias en materia de valoración de la prueba*; el TC no acoge dichos argumentos; considerará que tacha constitucional se alega para avalar que el Tribunal Supremo no pueda fijar el momento de comienzo del cómputo del plazo de prescripción: qué vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en ello o qué garantía esencial del proceso se echa en falta, se preguntará el TC. Afrontará ahora el TC la principal objeción al modo en el que los órganos judiciales negaron la prescripción del delito, es decir, a la afirmación de que la misma interrumpió su plazo con el Auto de incoación de diligencias previas; esta consideración, a juicio del recurrente, supone extender el art. 114 del Código penal anterior *más allá de su tenor literal y, sobre todo, de sus bases axiológicas*, porque no puede entenderse que dicho Auto *dirija el procedimiento contra el culpable* por su falta de contenido material y de fundamentación jurídica. Recordará el TC su doctrina de el análisis constitucional de las decisiones que niegan la prescripción de un delito se rige por los parámetros propios del derecho a una tutela judicial efectiva, reforzada, en su caso, cuando lo que esté en juego sea una pena privativa de libertad, por la implicación del derecho a la libertad (STC 29/2008, FJ 7); este análisis se concreta en cuanto análisis de que se ha dispensado una tutela efectiva, en comprobar que la resolución impugnada esté motivada y sustentada *en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente* (por todas, SSTC 63/2001, FJ 7; 63/2005, FJ 3); exigirá, además, el TC la comprobación, en segundo lugar, que la decisión judicial sea *conforme* con el derecho a la libertad (STC 24/2005, FJ 3), *compatible* con él (STC 196/2005, FJ 4): que exprese o trasluzca *una argumentación axiológica que sea respetuosa* con su contenido (SSTC 63/2005, FJ 3; 34/2008, FJ 3), lo que en materia de prescripción del delito comporta que *sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución* (SSTC 63/2001, FJ 7; 11/2004, FJ 2; 63/2005, FJ 4), con la finalidad de la la evitación de la inseguridad que para los ciudadanos supone la latencia de la amenaza penal y con la provisión de una actuación penal *seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención especial que se le atribuyen* (STC 63/2005, FJ 4). Será criterio del TC que la aplicación de este canon a las Sentencias recurridas comporta la desestimación de la queja; la STS explica que *según la interpretación del artículo*

132.2 del Código penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala, “la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción ... ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado, sin que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos (FD 10.8). Será criterio del Tc que no concurre falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad manifiesta en la catalogación de un Auto de incoación de diligencias previas consecuente con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querellado, máxime si se tiene en cuenta (ex STC 63/2001) que la norma aplicada no especifica la calidad ni la intensidad de la conexión requerida entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción (FJ 9), constatándose, al tiempo que, que esta interpretación del inciso desde que el procedimiento se dirija contra el culpable (art. 114 del Código penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la seguridad y de las funciones de la sanción penal Se deniega el amparo solicitado.

IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO

B. Las Cortes Generales.

1. Sentencia 101/2008, de 24 de julio (BOE de 19 de agosto). Ponente: Rodríguez Arribas (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 23.2; 66.1; 67.2; 159.1 y 165.

otros:

Objeto: nuevo apartado 7 del art. 184 del Reglamento del Senado, introducido por el artículo único de la Reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007.

Materias: Competencias del Senado en la elección de los magistrados del TC.

Se considera inconstitucional el precepto reformado por una serie de motivos, el primero de ellos se encuentra directamente vinculado con los repro-

ches de inconstitucionalidad formulados en el recurso núm. 6729-2007, resuelto por la STC 49/2008 (*véase nuestro comentario en el número anterior de la Revista*), al art. 16.1 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al segundo párrafo de aquél: la vulneración del art. 159.1 CE y de la específica reserva de Ley Orgánica, contenida en el art. 165 CE, así como de otros preceptos constitucionales como los arts. 66.1, 67.2 y 23.2 CE.. Frente a sus argumentos se estima que la citada STC 49/2008 ya los ha examinado y rechazado especialmente en sus fundamentos jurídicos 6 a 17 lo que conduciría directamente a la desestimación de los mismos. Considerará el TC que el Reglamento del Senado es susceptible de un juicio de constitucionalidad, así como que la cuestión debatida no es otra sino la relativa a las facultades que al Senado corresponden en orden a la elección de cuatro de los miembros del Tribunal Constitucional; se entiende que tales límites se encuentran en el art. 72.1 CE, en cuanto expresión de la autonomía reglamentaria de la Cámara; en el art. 159 CE; considerando el Tc que habrá de atenderse a los requisitos de elegibilidad, capacidad e independencia exigidos a los Magistrados que se derivan de los restantes apartados del citado precepto constitucional y, por último, en el art. 165 CE, en cuanto contiene una remisión expresa al legislador orgánico para la regulación del Tribunal Constitucional. En atención a su doctrina de la STC 49/2008 y, en concreto a los FFJJ 15 y 16 considerará el TC que procede desechar la vulneración de los arts. 72.1 y 165 CE; así como en lo relativo a las diversas infracciones constitucionales relacionadas con la posición institucional del Senado (FJ 17 STC 49/2008) al cual se remite; se descartará, asimismo, por remisión a la STC 49/2008, las tachas de inconstitucionalidad relacionadas con las facultades y el estatuto de los Senadores (arts. 67.2, 23.2 y, por extensión, art. 23.1 CE), dado que las mismas han de entenderse resueltas por la doctrina mencionada (FJ 19 STC 49/2008). Por lo que se refiere a las alegaciones de los Senadores recurrentes específicamente dirigidas contra el nuevo apartado 7 del art. 184 RS, considerará el Tc que el citado precepto supone la concreción del régimen jurídico de la participación de las Asambleas autonómicas en el procedimiento de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional que han de ser elegidos por el Senado, es decir, lo que en la STC 49/2008 ya se denominó (fundamento jurídico 9) la segunda fase o momento en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que corresponden al Senado. Considerad el Tc que el contenido de este debatido precepto ha de ponerse en conexión con el art. 159 CE en cuanto constituye su parámetro de constitucionalidad a fin de comprobar si efectivamente se produce el desapoderamiento del Senado de una de sus funciones constitucionales o, si por el contrario, la regulación cuestionada ha de entenderse ajustada a lo que dispone el art. 159 CE. El TC rechaza la primera tacha de inconstitucionalidad de los recurrentes referida a que el precepto impugnado impide al Senado descartar candidatos presentados por los Parlamentos autonómicos que no reúnan los requisitos constitucional y legalmente establecidos para ser nombrados Magistrados del Tribunal

Constitucional; el propio precepto impugnado claramente deja en manos de la Cámara Alta la facultad de controlar que los candidatos presentados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas cumplen los requisitos exigidos. Las cuestiones que considera el TC deben ser analizadas serán: la apertura del plazo para la presentación de candidaturas por los Parlamentos autonómicos; la elaboración, a partir de tales candidaturas, por la Comisión de Nombramientos del Senado de una propuesta que incluya tantos candidatos como puestos a cubrir a fin de que la misma sea sometida a la aprobación del Pleno y, en tercer lugar, la facultad conferida a dicha Comisión a fin de que pueda proponer candidatos distintos de los propuestos en sede autonómica, en el caso de que no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes. El precepto reglamentario impone, en primer lugar, al Presidente del Senado la obligación de comunicar a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de candidaturas; la presentación de candidatos a Magistrados se formula como una posibilidad o facultad de las Cámaras autonómicas; nada ha de reprocharse a esta previsión procedimental, la cual tiene como finalidad hacer posible, en el sentido derivado de lo dispuesto en el art. 16.1 LOTC, la intervención de los Parlamentos autonómicos en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional que corresponden al Senado, la primera fase o momento de dicha elección (STC 49/2008, FJ 9 in fine). no obviará el Tc que el Senado está compelido a cumplir, en todo caso, con la función y deber constitucional que tiene encomendado en exclusiva, de conformidad con el art. 159.1 CE, en relación con el art. 66.2 CE; considera de capital importancia lo previsto en el art. 159.2 CE, pues de dicho precepto constitucional inferiere la exigencia de que los candidatos a Magistrado respondan a un perfil específico: necesidad de pertenecer a determinadas categorías profesionales (Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios públicos y Abogados); obligatoriedad del ejercicio profesional durante un determinado período de tiempo (más de quince años) y la exigencia de ser jurista de reconocida competencia en la función o profesión respectiva; en la primera fase o momento de la elección, los órganos legitimados para efectuar propuestas han de acreditar que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo así como su idoneidad para ocupar el puesto (art. 184.3 RS) la carga de acreditar de forma indubitada que los candidatos cumplen los requisitos exigidos para desempeñar el cargo ha de pesar sobre aquéllos que los proponen; considera el TC que de esta interpretación del art. 184.7 RS, resulta que a la presentación de candidatos realizada por los Parlamentos autonómicos les resulta aplicable, por remisión expresa, lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del mismo art. 184 RS; expresa remisión que implica que sobre los Parlamentos autonómicos pesa una primera obligación, consistente en la carga de acreditar que los candidatos presentados cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes; de acuerdo con el ya citado art. 184.4 RS, conlleva también la posibi-

lidad de que la Mesa de la Cámara, previa, en su caso, solicitud a la Comisión de Nombramientos de su criterio al respecto, pueda decidir sobre la inadmisión de las candidaturas presentadas si aprecia, en alguno de los candidatos propuestos, el incumplimiento de los requisitos constitucional y legalmente exigibles; el cumplimiento de los requisitos para poder ser candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional, en esta primera fase, relativa a la propuesta de los mismos, no garantiza la elección en la segunda fase, correspondiente en exclusiva al Senado (art. 186 RS). Por lo que se refiere a la propuesta que la Comisión de Nombramientos ha de realizar al Pleno de la Cámara, comenzará señalando el TC que corresponde a la propia Mesa de la Cámara, de acuerdo con el procedimiento diseñado reglamentariamente [art. 184.4 RS, al que remite el art. 187.4 a)] el control inicial acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo y a la Comisión de Nombramientos del Senado, previa remisión por la Mesa de la Cámara de las candidaturas admitidas (art. 184.5 RS), examinar especialmente la idoneidad de los candidatos propuestos a fin de elevar al Pleno la correspondiente propuesta; se recordará la competencia de esta Comisión para inquirir sobre la idoneidad de los candidatos colegirá el TC de lo expuesto que nada pueda oponerse al hecho de que la Comisión de Nombramientos del Senado, una vez formado su criterio acerca de la concurrencia en los candidatos de los requisitos necesarios para su designación como Magistrados, eleve, en su caso, al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir; se considerará que se trata de una previsión procedimental interna en orden al cumplimiento de la función asignada por el art. 159.1 CE. Por lo que se refiere a la facultad atribuida a la Comisión de Nombramientos del Senado para incluir candidatos distintos de los inicialmente propuestos los Senadores recurrentes consideran dicha previsión inconstitucional, con fundamento en el bloqueo al que se puede ver abocado el Senado si el Pleno rechaza la propuesta de candidatos que le haya elevado la Comisión de Nombramientos, partirá el TC de lo que, en un fundamento jurídico anterior, ya señaló respecto a lo dispuesto en el art. 159.2 CE: parece claro que el Senado ha de establecer su propia previsión procedimental, por imperativo del propio art. 159.1 CE y del carácter del Reglamento del Senado como norma directamente ordenada a la Constitución, para optar, de entre los diversos candidatos que responden al perfil determinado en las normas aplicables, por aquéllos que sean avalados por la votación cualificada en el seno de la Cámara; partiendo de que la elección de los Magistrados corresponde al Senado el que los finalmente propuestos al Rey para su nombramiento hayan de proceder de los previamente presentados por las Asambleas autonómicas, como dispone el segundo párrafo del art. 16.1 LOTC, dependerá, en primer lugar, del cumplimiento por los mismos de los requisitos exigidos para los Magistrados del Tribunal Constitucional en el art. 159 CE, cumplimiento que deberá ser justificado por los proponentes de los candidatos presentados y oportunamente valorado con

carácter previo a la decisión final de ésta última. Igualmente, en segundo lugar, resultará precisa la inclusión del candidato o candidatos en la propuesta que la Comisión de Nombramientos formule al efecto y, finalmente, la obtención de la mayoría constitucionalmente requerida en la votación plenaria, votación en la cual, en coherencia con la prohibición constitucional de mandato imperativo derivada del art. 23 CE, se expresa la libre facultad de la que han de gozar los Senadores para elegir a los Magistrados del Tribunal Constitucional. El TC recordará lo que ya manifestó en la STC 49/2008 “*los candidatos a Magistrado deben cumplir los requisitos exigidos constitucionalmente para poder desempeñar su función y que la elección de los Magistrados por parte del Senado no puede ser obstaculizada por la actuación de los Parlamentos autonómicos*” (FJ 9), circunstancia que se evita con la dicción literal del precepto impugnado, que permitiría permitiría a la Cámara reaccionar ante el supuesto de que hubieran sido presentados menos candidatos que puestos a cubrir; en este caso sería de aplicación la regla contemplada en el inciso final del art. 184.7 b) RS, de modo que la Comisión de Nombramientos elevaría al Pleno del Senado una propuesta que incluiría candidatos surgidos de las propuestas formuladas en el seno de la propia Cámara; frente al supuesto de que las no se hubieren presentados candidatos suficientes, considera el TC que la cuestión se reduce a determinar si el procedimiento de designación permite que el Senado pueda en todo caso cumplir con su obligación constitucional de proveer a la designación de cuatro Magistrados; considera el Tc que no se está ante un problema referido a la falta de libertad radical de la Cámara, sino al alcance de esa libertad; debiéndose dilucidar si la Cámara es efectivamente libre para no aceptar a los candidatos propuestos por los Parlamentos autonómicos; si sólo se le reconociera a la Cámara una capacidad de rechazo su libertad de elección sólo habría quedado asegurada con el sacrificio de su obligación de designar cuatro Magistrados. Se traerá ahora por el TC su doctrina de la interpretación conforme o principio de conservación de la norma (por todas, STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3), es decir, atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la que goza por resultar emanada de un legislador democrático, lo que aquí es apreciable en la medida en que no resulta evidente un conflicto insalvable entre el precepto reglamentario impugnado y las normas o principios constitucionales que integran su parámetro de control (art. 159.2 CE); concluirá el Tc que que la Cámara es plenamente libre en relación con el juicio de idoneidad que le merezcan las distintas candidaturas ante ella presentadas; el nuevo procedimiento de selección de candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional no puede abocar indefectiblemente a aceptar en todo caso a los propuestos por los Parlamentos autonómicos; es criterio del Tc que la interpretación del concreto inciso controvertido guarda así directa relación con la concurrencia de una situación excepcional como sería aquella en la que, los candidatos inicialmente presentados no recibieran el apoyo necesario en el seno de la propia Comisión de Nombramientos, a fin de figurar en la propuesta que a la misma cumple formular o

si todos o algunos de los propuestos por dicha Comisión no alcanzaren en el Pleno de la Cámara la mayoría mínima de tres quintos que la Constitución establece para su designación; como se señaló en la STC 49/2008, FJ 14: *“el tenor literal del art. 16.1 LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda, entre otras fórmulas, prever, incluso, mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional”*; la referencia a la suficiencia de candidaturas [art. 184.7 b) RS] se hace en un momento del procedimiento posterior a la admisión de las presentadas por las Asambleas Legislativas (art. 184.4 RS) y tras la comparecencia ante la Comisión de Nombramientos de los candidatos admitidos; por ello será criterio del TC que la única insuficiencia de candidaturas que puede darse es la causada por el resultado de las comparecencias; la *“suficiencia”* es en ese caso también cuantitativa, aunque su causa no será la de no haberse presentado a la Mesa del Senado candidaturas autonómicas en número bastante para los puestos a cubrir, sino la no aceptación de las candidaturas por la Comisión de Nombramientos; *“Candidaturas suficientes”* es interpretado como candidaturas de mérito suficiente y en número bastante para proveer a las designaciones que corresponda en cada caso realizar al Senado: El examen del entero procedimiento de designación corrobora esta conclusión. La prevista comparecencia ante la Comisión de Nombramientos habrá de permitir que la Comisión se forme un criterio sobre la idoneidad de los candidatos que necesariamente ha de centrarse en las circunstancias de mérito que permitan a la Comisión establecer qué candidatos resultan susceptibles de merecer la confianza institucional del Senado. Tales candidatos serán, en principio los que hayan presentado las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, pero la libertad institucional e insuprimible del Senado (y de su Comisión de Nombramientos), no puede llevar a la Cámara a la imposibilidad de cumplir con su obligación constitucional de designar Magistrados del Tribunal Constitucional; la insuficiencia de candidatos, por las diversas razones mencionadas, permitiría la presentación de otros por los Grupos Parlamentarios del Senado con arreglo al procedimiento que se inicia con la fase de admisión regulada en los apartados 3 y 4 del art. 187 RS. De otra parte tampoco repugna al esquema constitucional que incluso los nombrados por la Comisión fueren rechazados por el Pleno, entendiéndose entonces que la insuficiencia discutida se referiría también a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados; en suma, se rechazará por el TC un rígido entendimiento del precepto controvertido que pudiera fundarse en el presunto tenor literal de la expresión *“candidaturas suficientes”*, que lo limitara a su acepción cuantitativa, sino, al tiempo, cualitativa (aptitud e idoneidad del candidato); en suma, la insuficiencia podría producirse por una multiplicidad de motivos; rechaza al TC que el sentido de los debates parlamentarios de la norma pudiera erigirse en supremo criterio interpretativo en especial

en casos en el que la misma se contrapondría con un entendimiento del precepto conforme con las previsiones constitucionales, entendimiento que, por esa razón, ha de prevalecer, que es la que, asimismo es posible derivar de lo expuesto en el STC 49/2008; a su tenor, el órgano decisor dispone de márgenes de maniobra para ejercer su indeclinable función constitucional que no es otro el objetivo del procedimiento de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional. La interpretación del Tc evita el riesgo de bloqueo, al tiempo que garantiza el mecanismo de la elección entre diversos candidatos susceptibles de generar la confianza institucional necesaria respecto a su persona y méritos. Para el TC ninguna objeción cabe formular a que la Cámara Alta haya de limitarse, en principio, a elegir, como indica el art. 16.1 LOTC, entre los candidatos previamente presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas y en esa forma lo establezca en su Reglamento, interpretado el precepto reglamentario en los términos expresados en la presente Sentencia; así interpretado el precepto aprecia el TC que el Reglamento del Senado ha velado adecuadamente por el ejercicio constitucionalmente correcto de esta concreta función de designación atribuida a la Cámara, evitando tanto el riesgo de bloqueo en su ejercicio como que la misma pueda quedar vacía materialmente de contenido. Así interpretado el art. 184.7 RS no vulnera la Constitución. Fallará el TC que el precepto debatido es conforme con la Constitución, interpretado en el sentido expresado en los fundamentos jurídicos 9 y 10 de su Sentencia.

Voto particular (Conde Martín de Hijas): Se referirá su discrepancia a la misma manifestada ya en la STC 49/2008 (*Véase n° anterior de esta Revista*), por una razón de coherencia con el ya manifestado entonces. Se seguirá considerando que la norma reglamentaria está en directa relación con el art. 16 de la LOTC y que supone una clara restricción de las facultades del Senado y de la plena libertad del Senado establecida en el art. 159.1 y 2 CE lo que resulta inconciliable con el modo en que la Constitución diseña la posición institucional del Senado en el ejercicio de la potestad que le atribuye, (remitiéndose el disidente a lo ya expuesto en su VP a la STC 49/2008). Se considera extrema la autolimitación que hace de las funciones del Senado su Reglamento; se considera que las potestades de los órganos constitucionales no son disponibles por sus titulares: se aprecia que ello se ha producido en la medida en que el Reglamento del Senado se vincula a lo ordenado por una norma externa a él haciéndolo en términos de llevar esa vinculación hasta el extremo en que lo hace a propuestas hechas por órganos que no están constitucionalmente llamados a participar en el ejercicio de la función atribuida al mismo; por eso, según el disidente, se está abdicando de la plenitud de su potestad. Se salvará de la disidencia el contenido del art. 187.4.b) en su inciso final. Se discrepa de la interpretación conforme que se realiza en la Sentencia y del modo en que técnicamente se ha producido. Se aprecia discrepancia metodológicas entre la STC de la que ahora se disiente y la 49/2008 porque la Sentencia anterior no se respeta en el sentido de

su fallo, sino que se modaliza implícitamente desde ésta, apreciándose incoherencia entre lo fallado entonces y el sentido interpretativo de la que ahora se disiente: Sólo desde la transformación de la posibilidad en necesidad es como puede explicarse que al precepto reglamentario se le dé –ahora– la interpretación que se propone. Se aprecia por el disidente que la “*libertad institucional insuprimible*” de que goza constitucionalmente el Senado se pone en cuestión con el precepto debatido. En suma se parte de la idea de la imposibilidad de una Sentencia interpretativa atendido el conjunto de normas en que se funda la cuestión debatida (porque) el único sentido lógico del conjunto normativo referido no puede ser otro que el de que el art. 16.1 LOTC establece el círculo cerrado de candidatos entre los que el Senado puede elegir, y al Reglamento de la Cámara se le defiere la regulación del procedimiento de la elección, pero no la posibilidad de que pueda alterar el círculo de elegibles definido en la LOTC. En suma se disiente que el art. 16.1 LOTC no vincule indefectiblemente al Senado a elegir entre los propuestos por las Asambleas de las CCAA, que es lo que tal artículo hace, y de ahí, a mi juicio, su inconstitucionalidad: se considera que la interpretación del inciso final del párrafo b) del apartado 7 art. 184 RS que se propone en la Sentencia, es distorsionadora de su sentido y artificiosa; se entiende que metodológicamente tal modo de interpretar la doctrina del TC en estos casos es contraria a la doctrina del TC; se cita, por todas la STC 235/2007; amén de las 138/2005; 45/1989; 96/1996; 235/1999; y 184/2003; en suma, lo que como interpretación conforme propone la STC de la que se disiente es una manifestación paradigmática de las prácticas sedicentemente interpretativas que la doctrina transcrita proscribiera. Se disiente asimismo del concepto de suficiencia, en la acepción que permite a la mayoría el fallo del que se disiente, porque se entiende que no es posible interpretar que el Senado no queda vinculado por las candidaturas que se le presentan con origen en la selección de candidatos de las CCAA. Se manifiesta asimismo el desacuerdo con el valor que la Sentencia ha atribuido al sentido de los debates parlamentarios sobre la norma debatida, sobre todo en un caso en que la norma tiene un destinatario que es precisamente su propio autor; en este caso la *voluntas legislatoris* debe tener un peso mucho mayor. Se justifica tal disidencia con un análisis del debate del que parece extraerse una idea diversa de la interpretación que funda la propia Sentencia. En una hermenéutica compartible no creo que quepa la interpretación del concepto de “candidaturas suficientes” en el sentido que lo hace la Sentencia, y por la vía argumental que en ella se sigue. Se estima que la interpretación conforme que se propone no es tal, pues en el sentido normativo del precepto interpretado, no cabe encontrar el que la Sentencia le da, sino una recreación manipulativa del precepto, vedada a este Tribunal Constitucional.

Voto particular (Delgado Barrio): Asimismo se funda el VP en el que ya se pronunció por su autor a la STC 49/2008: la restricción de los elegibles llevada a cabo por el art. 16.1, párrafo segundo, LOTC, recortando la ampli-

tud trazada por la Constitución, con grave detrimento de la posición institucional del Senado, contradice lo dispuesto en el art. 159.2 CE, siendo así que el art. 184.7 RS, aquí impugnado, se dicta “para adaptar el Reglamento del Senado” —“para ajustarlo”— a la nueva redacción del art. 16 LOTC derivada de la Ley Orgánica 6/2007, aquél queda afectado por la misma inconstitucionalidad que vicia éste. Es claro, pues, que la Sentencia hubiera debido pronunciar un fallo estimatorio del recurso de inconstitucionalidad. Se disiente de la posibilidad de encontrar una interpretación conforme, dada la claridad y rotundidad de la norma debatida. Tal interpretación choca frontalmente de lo que se deriva del debate que produce la norma. El adverbio *únicamente* configura muy precisamente el ámbito de la excepción a lo que es la regla general —elección *entre*. Y de los tres itinerarios hermenéuticos seguidos hasta ahora deriva terminantemente la conclusión de que “*únicamente*” en el caso de falta de candidaturas suficientes presentadas “*en plazo*” cabe elegir no “*entre*” sino “*fuera*” de las propuestas; extender la *única* excepción prevista, que es la de la inexistencia de *candidaturas suficientes, presentadas en plazo*, como hace la Sentencia, a los casos en los que no resulte posible cubrir todos o algunos de los puestos de Magistrado del Tribunal Constitucional por no obtener la mayoría de tres quintos los presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, es, sencillamente, una manifiesta interpretación *contra legem*. Se recuerda una reiterada doctrina del TC que viene poniendo de relieve que “*no podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza ‘a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos’ (SSTC 22/1985, FJ 5; 222/1992, FJ 2; y 341/1993). o, como ya se dijo en la STC 138/2005, ‘la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7)’.*—STC 24/2004, FJ 6; 138/2005, FJ 5, y 235/2007, FJ 7. Se disiente porque se considera, en definitiva, que la interpretación conforme que se falla en la Sentencia, sencillamente ahora no era posible.

Voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez): Se considera por el disidente que la reforma en que se concreta la norma debatida es inconstitucional y nula desde varias perspectivas. La Sentencia de la que disiento se remite en forma constante (FFJJ 3, 5 y 8) a la doctrina de la citada STC 49/2008; por el contrario, en su opinión, la aplicación de la doctrina de dicha Sentencia es la que sirve para rechazar las impugnaciones de mayor calado planteadas en este recurso. En la elección de los cuatro miembros de este Tribunal que co-

rresponde al Senado la regulación constitucional es completa en lo sustantivo (art. 159.1 CE). No admite la posibilidad de concurso válido de ninguna otra norma de nuestro Derecho, que no sea el propio Reglamento, en lo procedimental. La cualidad de órgano constitucional, que reconoce Al TC el art. 1.1 LOTC desde 1979, se pierde y su posición de *órgano inmediato*, con relación a la Constitución se degrada si pueden disponer de la estructura esencial del mismo fuentes del Derecho de rango inferior a la Constitución. Es criterio del disidente que la única cuestión a resolver era si la composición de este Tribunal Constitucional entra dentro de la *reserva de reglamento parlamentario* y si, por ello, el nuevo artículo 16.1 LOTC puede entrar en *concurso válido* con el Reglamento del Senado en el nombramiento de los cuatro miembros del Tribunal que compete a dicha Cámara (ex art. 159.1 CE); considerará el disidente que la composición sustantiva de un órgano constitucional no puede determinarse nunca por una norma de rango inferior a la Constitución, ni en contradicción con lo que nuestra Constitución rígida dispone, el art. 184.7 RS es, ya por esta sola razón, inconstitucional y nulo: el Reglamento de la Cámara se ha de limitar única y exclusivamente al desarrollo procesal de la regulación sustantiva del art. 159.1 CE, lo que, como es evidente, no ha sido respetado por el art. 184.7 RS; la reforma ha modificado también las competencias constitucionales del Senado para los nombramientos del art. 159.1 CE y ha degradado la cualidad de órgano constitucional de la Cámara Alta. Sólo la Constitución puede atribuir o mermar competencias a las Cortes Generales o a cualquiera de sus Cámaras (como resulta claramente del tenor literal del art. 66.2 *in fine* CE). Sin embargo sería obligado aceptar hoy—con la doctrina de la STC 49/2008— que el segundo párrafo del artículo 16.1 LOTC está situado en una posición de *jerarquía superior* respecto al propio Reglamento de la Cámara; jerarquía que explica, aunque no justifica, que dicho Reglamento se haya separado de la letra completa y clara del artículo 159.1 CE en aspectos sustantivos, para acomodarse a la LOTC y al Estatuto de Cataluña; sostendrá el disidente que es precisamente esto es lo que dificulta los esfuerzos interpretativos de la Sentencia de la que disiento para sostener la regularidad constitucional de la reforma. El procedimiento de nombramiento de cuatro miembros del TC no es un *prius*, sino un *posterius* en el caso que nos ocupa; el *prius* auténtico lo constituye el poder, o la competencia constitucional, de nombrar a dichos miembros, que es lo que está reservado a la Constitución (art. 66.2 *in fine* CE); cuando la facultad de ejercicio de ese poder se condiciona en su ejercicio legítimo la conclusión es inequívoca: el poder de elegir ya no corresponde a la voluntad del Senado, o no sólo a la voluntad del Senado, sino a una “voluntad compartida” entre el Senado y las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Nos encontramos ante una figura de acto compuesto (STC 6/1984, FJ 4) en la que la voluntad libre es la de cada Asamblea de Comunidad Autónoma y la voluntad vinculada la del Senado, ya que debe elegir *entre los candidatos*. El peso de cada una de estas *voluntades compartidas* depende, como es obvio, de la admisibilidad o inadmisibilidad de lo que la Sentencia califica como *libertad de rechazo* (sic) por el Senado de las candida-

turas presentadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en un párrafo (último del FJ 8) de no fácil comprensión. Los poderes del Senado aumentarían lógicamente, frente a la participación de las Asambleas Legislativas, si la Sentencia hubiera optado por la flexibilidad y elasticidad de las normas que regulan el procedimiento de concurrencia de las voluntades que integran este nuevo acto compuesto, pero disminuyen en la medida en la que el procedimiento se ha formalizado y encorsetado al extremo en la Sentencia de la que disiento.

2. Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre (BOE de 10 de octubre). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 1.2, 2, 9, 25, 27, 48, 92, 105, 125, 149.1.32, 151, 152, 168.

otros:

Objeto: Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, “de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

Materias:

La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, objeto de este procedimiento, autoriza al Lehendakari a someter dos preguntas a consulta no vinculante de los ciudadanos del País Vasco el 25 de octubre de 2008, teniendo la propia Ley por convocada dicha consulta el 15 de septiembre de 2008. Las preguntas en cuestión se cifran en el apoyo a un *proceso de final dialogado de la violencia* [artículo único, apartado 1 a)] y al inicio de un *proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco*, acuerdo que habría de someterse a referéndum antes de que finalice el año 2010 [artículo único, apartado 1 b)]. Considera el TC que la primera de las cuestiones planteadas en el recurso es si la Ley recurrida ha invadido o no la competencia reservada con carácter exclusivo al Estado por el art. 149.1.32 CE en materia de autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, siendo determinante para concluir si se ha incurrido o no en la invasión competencial denunciada es si la consulta en ella prevista es o no un referéndum. En la propia exposición de motivos de la Ley se admite que ésa es justamente la línea divisoria pertinente para su enjuiciamiento en Derecho, pues, para el legislador autonómico, no tratándose de *una consulta popular por vía de referéndum, en cualquiera de sus modalidades, ni ser jurídicamente vinculante, ... no le resulta de*

*aplicación la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, ni tampoco precisa, por tanto, la previa autorización del Estado para su convocatoria; es decir, para el TC Es pacífico entre las partes que la Ley sería inconstitucional si su objeto fuera la celebración de una consulta referendaria. Sobre esta base resulta clave en este caso el análisis de lo que constitucionalmente deba ser considerado como referéndum, para decidir, en concreto, si lo que la Ley impugnada califica como consulta, basada en una pretendida competencia implícita de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constituye en realidad un auténtico referéndum aunque se eluda tal denominación, pues si se llegara a la conclusión de que en efecto lo es, la Ley impugnada incurriría en inconstitucionalidad. Pare el TC el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos en el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política: de aquella participación *que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo* (STC 119/1995, FJ 3); es una forma de democracia directa y no una mera manifestación *del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente, que lo ha formalizado como un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos*" (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE— y del derecho de igualdad —art. 14 CE); no puede aceptarse, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general" (STC 119/1995, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral. Entenderá el Tc que el referéndum es, por tanto, una especie del género *consulta popular* con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) con-*

formado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral (STC 119/1995); para determinar si una consulta popular se verifica *por vía de referéndum* (art. 149.1.32 CE) su convocatoria requiere de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria. Como instrumento de participación directa en los asuntos públicos, el referéndum es uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general; no obstante se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política (art. 1.3 CE); el texto constitucional diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa; como ya es doctrinadle TC *“el propio Texto constitucional, al regular las características de los instrumentos de participación directa, restringe su alcance y condiciones de ejercicio”, de suerte que, en el caso de otra manifestación típica de la democracia directa, como es la iniciativa legislativa popular, su ejercicio “sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, qued[a] reservado a la mediación de los representantes políticos”* (STC 76/1994, FJ 3); a ello se añade que *el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso. Lo contrario, lejos de satisfacer las exigencias de la soberanía popular, supondría la imposibilidad misma de la existencia del ordenamiento, a cuya obediencia todos —ciudadanos y poderes públicos— vienen constitucionalmente obligados (art. 9.1 CE)* (STC 76/1994, FJ 3); en nuestro contexto constitucional los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras.. Más aún, la Constitución incluso asegura que sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución (art. 168 CE). Nuestra Constitución garantiza una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa; la participación directa del cuerpo electoral en el procedimiento legislativo se restringe al ejercicio de una facultad de iniciativa (art. 87.3 CE) sobre cuya suerte deciden con perfecta autonomía, y ajenas a todo mandato imperativo (art. 67.2 CE), las Cortes Generales, del mismo modo que la manifestación de su voluntad respecto de determinados asuntos de trascendencia política a través del referéndum sólo puede verificarse si media la oportuna autorización del Congreso de los Diputados (art. 92.2 CE), Sostendrá el TC que atendida la categorización del referéndum como especie del género consulta popular

antes señalada, ha de examinar si la consulta contemplada en la Ley recurrida se ajusta a la definición de aquella especie; con la Ley 9/2008 se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política a los *ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo*, es decir, al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pretendiendo conocer la voluntad de una parte del pueblo español a través de la voluntad del cuerpo electoral de esa Comunidad Autónoma, o lo que es lo mismo, del sujeto que de ordinario se manifiesta a través del procedimiento disciplinado por la Ley 5/1990, de elecciones al Parlamento Vasco, llamada por la disposición adicional de la Ley recurrida a regir el desarrollo de la consulta en cuestión. Siendo indiscutibles el objeto de la consulta, la voluntad requerida y que ésta ha de manifestarse mediante un procedimiento electoral dotado de las garantías propias de los procesos electorales, es claro que la consulta es un referéndum; la circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante. La Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva la *autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum* (art. 149.1.32 CE), al tiempo que prevé la existencia de convocatorias de referendos circunscritas a otros ámbitos territoriales (arts. 151 y 152 CE). la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución; teniendo en cuenta estas precisiones considera el TC que la concreta convocatoria del cuerpo electoral que realiza la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se lleva a cabo sin apoyo en un título competencial expreso; en definitiva considerará el TC que no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en el sistema español sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución; en conclusión, la Ley recurrida vulnera el art. 149.1.32 CE. Analizará ahora el TC la cuestión, desde la perspectiva de los arts. 1.2, y 2, en relación con el art. 168: La ley impugnada contempla como sujetos de una nueva relación a la Comunidad Autónoma del País Vasco y al Estado español, entendido éste en su acepción de *Estado global* y no, como es obligado cuando de la relación con una Comunidad Autónoma se trata, en su condición de *Estado central*; resulta indudable que la norma una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional; no desdeña el TC que una afectación de esa naturaleza sea factible en nuestro Ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución (STC STC 48/200 FJ 7), ya se sostuvo que *siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales*, no hay límites materiales a la revisión constitucional, habiendo subrayado entonces que “[h]asta ese punto es cierta la afirmación de que *la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan*

*opciones políticas de muy diferente signo' (STC 11/1981, FJ 7)"; será el respeto a esos procedimientos el que se presente como inexcusable, lo contrario significaría aceptar una vía de hecho para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica; además, la Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el *pueblo vasco*, titular de un *derecho a decidir* susceptible de ser *ejercitado* [art. 1 b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza; para el TC la identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente; recordará el TC (STC 247/2007, FJ 4 a), con referencia a la STC 4/1981, FJ 3, *la Constitución parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional*. El procedimiento que se enjuicia no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión formal de la Constitución por la vía del art. 168 CE; en definitiva, la cuestión que se pretende someter a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del art. 168 CE. El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. Afronatró, finalmente el TC el procedimiento mediante el que se ha alumbrado la Ley recurrida; es doctrina reiterada que *[a]unque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras [STC 99/1987, FJ 1 a)]; para el TC resulta indiscutible que, atendido el contenido de la Ley recurrida, se ven afectadas por ella materias expresamente excluidas por el art. 119.3 RPV al tiempo que tales previsiones evidencian una directa afectación de otra de las materias excluidas por el art. 119.3 RPV: el régimen electoral. Ello vicia de inconstitucionalidad a la Ley del Parlamento Vasco 9/2008; es doctrina constitucional pacífica y reiterada que *[l]as normas constitucionales y parlamentarias que regulan la elaboración de las leyes tienen carácter instrumental respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político***

(art. 1.1 CE), de suerte que la 'inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras' (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1)" (STC 97/2002, FJ 2); tal alteración sustancial se ha producido en el presente caso: con infracción del Reglamento del Parlamento Vasco, se ha impuesto a la Cámara la tramitación de la Ley impugnada a través de un procedimiento en el cual resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma, no por acuerdo unánime de la Mesa del Parlamento, sino en virtud de una decisión del Gobierno Vasco. Se estima el recurso de inconstitucionalidad.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LAS POTESTADES NO SON SUSCEPTIBLES DE TRANSACCIÓN

Se anula un Convenio urbanístico realizado a cambio del pago de una cantidad representativa del exceso de aprovechamiento no autorizado por el planeamiento, comprometiéndose el Ayuntamiento a modificar éste con el fin de legalizar la construcción llevada a cabo.

«La representación procesal de la entidad recurrente asegura que el Tribunal a quo, al anular el convenio celebrado por el Ayuntamiento y condenarle a la apertura de un expediente de restauración y legalización, así como a la apertura o continuación de otro expediente por apertura sin licencia, ha conculcado lo establecido en los artículos 49 y 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, además de la doctrina ju-

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

risprudencial recogida en las sentencias de esta Sala, de fechas 15 de marzo de 1997 y 15 de febrero de 1994, relativa al ius variandi de la Administración en materia de planeamiento y a la legitimidad de los convenios urbanísticos como instrumentos de acción concertada para asegurar una actuación urbanística eficaz, tendente a la consecución de objetivos concretos y beneficios para el interés general, por cuanto la Administración no ha pretendido soslayar con dicho convenio el ejercicio de sus potestades en materia de disciplina urbanística ni eximir a la entidad promotora de la eventual responsabilidad contraída como consecuencia de la ejecución de obras que exceden de la edificabilidad permitida, sino que se acuerda el pago de una suma por exceso de aprovechamiento sin perjuicio de las sanciones a que hubiese lugar por las eventuales infracciones cometidas, por las que se incoaron sendos procedimientos sancionadores por ejecución de obras sin licencia y por apertura sin licencia del centro construido.

El referido motivo de casación no puede prosperar porque el ejercicio del ius variandi de la Administración no legitima ni ampara a ésta para, una vez cometida y consumada una ilegalidad urbanística por la ejecución de una obra sin licencia y por la iniciación de la actividad sin la preceptiva autorización, convenir con el infractor que el pago al Ayuntamiento del exceso de aprovechamiento en la construcción llevada a cabo implica que éste tenga que modificar las ordenanzas urbanísticas para legalizar dicha construcción con independencia del curso de los procedimientos de disciplina urbanística incoados para restaurar la legalidad urbanística conculcada, dado que esta potestad, como inherente a una función pública, no es susceptible de transacción, y, por consiguiente, es correcta la decisión de la Sala sentenciadora al anular el convenio por el que el Ayuntamiento, a cambio del pago de una cantidad representativa de la demasía en el aprovechamiento no autorizado por las determinaciones urbanísticas del planeamiento, se compromete a modificar éste con el fin de legalizar la construcción levantada infringiendo tales determinaciones u ordenanzas.

No cabe duda de que éstas podrían ser alteradas en virtud del invocado ius variandi de la Administración urbanística, pero siempre que el ejercicio de tal potestad tenga una finalidad acorde con la función pública del planeamiento en atención al interés general y no con la espuria finalidad de legalizar una edificación levantada contraviniendo las determinaciones u ordenanzas urbanísticas a las que debería haberse ajustado, pues, como acertadamente lo ha entendido el Tribunal de instancia, el convenio celebrado con tal designio entre la Administración municipal y el titular de la edificación ilegal contradice abiertamente la licitud de las potestades de la Administración tanto para modificar el planeamiento como para celebrar convenios, al margen de si va a continuar o no la tramitación de los procedimientos incoados para el restablecimiento de la legalidad urbanística, que son la única vía para lograrla, razón por la que en la sentencia recurrida, a la vista de que si bien el Ayuntamiento al aprobar el convenio no

ha renunciado formalmente al ejercicio de sus potestades disciplinarias en la práctica no las ha ejercitado, se ordena incoar o continuar dichos procedimientos.»

(STS de 7 de octubre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª F. D. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 5995)

IV. BIENES PÚBLICOS

DESLINDE DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Las características naturales de los terrenos, más que la transformación por obras o instalaciones, son las que determinan su calificación jurídica.

«Todo el sistema transitorio de la Ley 22/88 demuestra lo dicho: la Ley impone su regulación también hacia el pasado, pues se sobrepone incluso a anteriores declaraciones de propiedad particular por sentencias firmes (Disposición Transitoria 1ª 1) y también a títulos anteriores amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Disposición Transitoria 1ª 2).

Esta vocación de la Ley 22/88 se observa claramente en su Disposición Transitoria Primera núm. 3, que (aunque aquí no sea aplicable, por referirse a terrenos no deslindados o deslindados sólo parcialmente) dispone que el deslinde habrá de realizarse para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público «aunque hayan sido ocupados por obras», caso en que la Disposición Transitoria Tercera, núm. 3, del Reglamento 1471/89 de 1 de diciembre, remite a la Disposición Transitoria Cuarta, núm. 1, que articula todo un sistema según se trate de obras previas autorizadas o no autorizadas. Es más, el núm. 4 de esta Disposición Transitoria Tercera del Reglamento es sumamente revelador, puesto que dispone que si las obras o instalaciones no hubieran sido objeto de concesión por emplazarse más allá de la línea de deslinde que debiera haberse fijado con arreglo a la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, se otorgará dicha concesión conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento.

Este precepto demuestra que las nuevas categorías de bienes de dominio público marítimo-terrestre de la Ley 22/88 afectan sin duda a situaciones previamente consolidadas.

Esta regulación expresa para los casos de terrenos no deslindados es análogicamente aplicable a los casos de terrenos deslindados conforme a la Ley 28/69, de 26 de abril pero que han de serlo conforme a los criterios de la nueva Ley 22/88, aunque la Disposición Transitoria 1ª 4 no sea tan explícita.

Y la conclusión de todo ello es clara: lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones si-

no tal como es por naturaleza; las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde.

Esta tesis, por lo demás, es la mantenida por este mismo Tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2003 (casación núm. 2666/00), que se remite a la de 20 de octubre de 2000. En ella decíamos lo siguiente:

«La circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1 b de la Ley de Costas y 3.1 b de su Reglamento, por lo que si, como en este caso, se ha demostrado que constituye un importante depósito de arenas litorales, debe incluirse en el dominio público marítimo-terrestre».

Desde dicha perspectiva el Tribunal de instancia, después de valorar la prueba, llega a la necesaria conclusión de confirmar las afirmaciones de la decisión administrativa, en el sentido que ya hemos expuesto, debiendo reiterarse que las marismas objeto de autos «son terrenos bajos que se inundan por el flujo y reflujo de las mareas», considerándose acreditado que las mismas están por debajo de la cota de pleamar, siendo naturalmente inundables; y este, es un hecho que no puede ser discutido en casación, como no sea, que no lo es, que aquella valoración sea contradictoria, ilógica irracional, o que viole alguno de los preceptos que otorgan fuerza probatoria especial a ciertos medios de prueba.

De ese hecho (a saber, inundación de los terrenos por el flujo y reflujo de las mareas) se deduce su inequívoca naturaleza demanial (artículo 3.1.a) de la Ley 22/88 y de su Reglamento 1471/89, de 1 de diciembre.

Como dijimos en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003... cuando un terreno, por cualquier causa resulta invadido o inundado por el mar se incorpora al dominio público marítimo terrestre, según lo establecido en el citado artículo 4.3 de la Ley de Costas, reiterado por el artículo 5.3 de su Reglamento y desarrollado por el artículo 43.6 de éste, aunque con anterioridad a las obras no perteneciese al dominio público marítimo-terrestre, como señala expresamente este último precepto en exacta correspondencia con la previsión legal anterior, que dispone la incorporación al dominio público marítimo terrestre de los terrenos, invadidos por el mar debido a cualquier causa, lo que se corrobora con lo establecido también por los artículos 6.2 de la propia Ley de Costas y 9.2 de su Reglamento.»

(STS de 30 de septiembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente, Sr. Fernández Valverde. Ar. 6883)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

No es posible reputar los libros de bautismo como ficheros de datos de carácter personal, en los términos de la Ley Orgánica 15/99, dado que poseen un soporte físico que no los hace susceptibles de tratamiento informático.

«Toda vez que la sentencia recurrida parte, como se ha dicho de la consideración de los Libros de Bautismo, como un fichero, en los términos recogidos en el art. 3 de la LO 15/99 norma que, por tanto estima de aplicación con base en su artículo 2, ha de examinarse en primer lugar, por razones metodológicas el tercero de los motivos de recurso, en el que se reputan vulnerados los arts: 2, 4, 5 y 11 de la LO 15/99.

Se han transcrito ya las razones que llevan al Tribunal “a quo” a reputar ficheros los Libros de Bautismo, frente a lo sostenido por la Administración, cuya resolución sin embargo confirma.

El art. 3.b) de la LO 15/99 señala que a los efectos de dicha Ley se reputa fichero “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”: Como decimos en nuestra Sentencia de 26 de junio de 2008 remitiéndonos al Auto del Tribunal Constitucional 197/2003 “la protección de datos se refiere según ese artículo 3 a todo dato personal registrado en soporte físico, cualquiera que sea la forma o modalidad de creación, almacenamiento, organización y acceso”.

Hemos expuesto también que tanto la Agencia de Protección de Datos, como la Dirección General de Asuntos Religiosos consideran, a diferencia de la Sentencia recurrida, que los Libros de Bautismo no tienen el carácter de ficheros, según la consideración y definición que de estos hace el art. 3.b) de la LO 15/99.

Los razonamientos que el Tribunal “a quo” hace en el quinto de los fundamentos jurídicos de la Sentencia para reputar los Libros de Bautismo, ficheros en los términos definidos en el precitado art. 3.b), no pueden ser aceptados. La Sala de instancia estima que los que ella reputa datos de carácter personal, refiriendo como tales, al menos, el nombre y apellidos del bautizado y el hecho asimismo de su bautismo, están recogidos en los Libros de Bautismo, con arreglo a criterios preestablecidos que permiten su tratamiento, considerando la expedición de una partida de bautismo, como una forma de tratamiento de datos personales.

Sin embargo, no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo, como un conjunto organizado tal y como exige el art. 3.b) de la LO 15/99, sino que resultan son una pura acumulación de estos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabética-

mente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo.

No cabe olvidar tampoco que salvo el Tribunal “a quo”, nadie, ni la propia Administración como recoge en su Resolución, ni siquiera el propio solicitante de la cancelación, que se aquieta con aquella, han considerado los Libros de Bautismo como ficheros, según la redacción dada por la LO 15/99 y a los efectos de la aplicación de esta Ley, según prescribe su art. 2.1. Pero es que a mayor abundamiento no cabría estimar tampoco aplicable el art. 4.3 de la citada Ley, en que se funda el acto administrativo impugnado y se confirma por la Sentencia.

Ese precepto señala que los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Pues bien, en los Libros de Bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos, en cuanto en los mismos se recoge un dato histórico cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona y cuando esta solicita la cancelación de ese hecho, no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que en definitiva está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, debemos concluir que los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99 (art. 3.b.), recogiendo igualmente la definición de estos plasmada en el art. 2 de la Directiva 95/46 CE.

La citada Directiva, después de establecer en su art. 1º que “los Estados miembros garantizarán con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular del derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”, en su art. 2, apartado c) define los “ficheros de datos personales como todo conjunto estructurado de datos personales accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado repartido de forma funcional o geográfica” y en su apartado b) hace referencia al tratamiento de datos personales como “cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados y aplicadas a datos personales como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”.

La redacción de esa Directiva, por lo que se refiere a la definición de ficheros en los términos expuestos, no presenta ninguna duda interpretativa, como tampoco lo hace el citado art. 3.b) de la LO 15/99. No está de más en todo caso destacar que en la redacción inicial de la LO 5/92 en concreto en su Exposición de Motivos, se establecía que “la Ley se nuclea en torno a lo

que convencionalmente se denominan ficheros de datos” y que es la existencia de unos ficheros, y la utilización que de ellos pudiera hacerse, la que justifica la necesidad de la nueva frontera de la intimidad y del honor, añadiendo que la Ley concibe los ficheros desde una perspectiva dinámica de tal forma que los concibe no sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal a que antes se refiere dicha Exposición de Motivos: Todo ello nos lleva a concluir que los Libros de Bautismo, por las razones expuestas, no pueden, en ningún caso, ser considerados como ficheros de datos personales en los términos definidos tanto en el art. 2 de la Directiva Comunitaria mencionada, como de las Leyes Orgánicas 5/92 y su posterior modificación en la Ley 15/99.

Pero además, se ha rechazado ya la aplicación al caso que nos ocupa del art. 4.3 de la misma norma, en cuanto no cabe hablar de inexactitud en los concretos datos referidos al hecho del bautismo recogidos en los Libros de Bautismo. No procede por tanto aceptar la argumentación del Tribunal “a quo”, cuando considera aplicable la LO 15/99 con base en su art. 2.1 partiendo, como premisa para ello de reputar los Libros de Bautismo como ficheros de datos de carácter personal en los términos recogidos en dicha Ley. El ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica viene definido en su artículo 2.1 que establece que la misma será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptible de tratamiento, lo que no ocurre por las razones expuestas con los Libros de Bautismo, en estricta aplicación del art. 2 de la Directiva 95/46 CE y del tantas veces citado art. 3.b de la LO 15/99.

No está de más, por último, hacer mención a la doctrina constitucional recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000 y a la que se ha hecho mención por esta Sala en reiterados pronunciamientos (por todas SS. de 26 de junio de 2008) en relación al denominado derecho fundamental a la protección de datos personales consagrado en el art. 18.4 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y a la encomienda que en el mismo se hace al legislador de lo que es expresión la LORTAD para garantizar aquellos derechos, consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática. Dice así:

“Pues bien, en estas decisiones el Tribunal ya ha declarada que el art. 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”, lo que se ha dado en llamar «libertad informática» (F. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F. 7, 11/1998, F. 4, 94/1998 F. 6,

202/ 1999, F. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático «habeas data» y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F. 5, 94/1998 F. 4)».

Resulta claro de estas Resoluciones que la voluntad de la Constitución, de la que es una expresión la LORTAD, tenía por objeto la protección de los datos personales frente a intromisiones de la informática y no para, como ocurre en el caso de autos, permitir dejar constancia de creencias convicciones de los ciudadanos.

Por todo lo expuesto debe estimarse el tercer motivo de recurso, al no ser procedente la aplicación del art. 4.3 de la LO 15/99, para con base en ese precepto acordar la práctica de la nota marginal que se ordena realizar al Arzobispado de Valencia en relación a la inscripción del bautismo del Sr. Víctor, cuestión a la que debe circunscribirse esta Sala en el marco de este recurso de casación».

(STS de 19 de septiembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Robles Fenández. Ar. 5475).

XIII. FUENTES

REGLAMENTO SOBRE RÉGIMEN LABORAL DE LOS ABOGADOS

Se declara la nulidad del párrafo tercero del artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

«La nulidad del artículo 14 número 1 párrafo tercero del Real Decreto 1331/2006, la interesa la parte actora por estimar que esa regulación vulnera el artículo 40.2 de la Constitución Española y al tiempo el contenido de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, en cuanto define el tiempo de trabajo: 1) todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2) Período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo».

Y en base a ello además interesa que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Y procede acoger tal alegación y declarar la nulidad del párrafo tercero del número 1 del artículo 14 del Real Decreto 1331/2006, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que el recurrente también interesa.

Pues si bien es cierto que el artículo 14.1 en su párrafos primero y segundo esta en plena conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 que codifica la anterior Directiva 93/104/CE, en cuanto la Directiva Comunitaria define como tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones” y el párrafo segundo del artículo 14.1 dispone “se considerará tiempo de trabajo el tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes”. Sin embargo la previsión de la norma en su párrafo tercero cuando dispone “que no se computará a efectos de duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de la compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de la profesión”, ya no solo no aparece conforme con los términos de la Directiva Comunitaria citada, sino que introduce una confusión y hasta una alteración de lo dispuesto en el anterior párrafo segundo, que en parte lo deja sin efecto o cuando menos hace difícil el determinar la compatibilidad entre uno y otro párrafo, segundo y tercero y no obsta en nada a lo anterior el que la determinación de esos tiempos de espera o desplazamientos se difiera, como dice el Real Decreto al convenio colectivo, pues al margen de que en ningún caso el tiempo de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Española se pueda dejar de computar a los efectos de determinar la jornada máxima de trabajo, no hay que olvidar, que las normas en materia de jornada de trabajo lo que han de hacer es clarificar y dar las pautas exigidas y no introducir confusiones o dudas y esperar que las mismas sean resueltas por los convenios colectivos y siendo así que se advierte dificultad en compatibilizar lo dispuesto en el párrafo segundo con el párrafo tercero y dudas entre lo que se quiere expresar en el citado párrafo tercero en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo y estando este párrafo segundo en plena conformidad con las exigencias de la Directiva Comunitaria, es procedente por ello declarar la nulidad del párrafo tercero, que además es el único que del artículo 14 se impugna.»

(STS de 16 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 5991)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA

EXPROPIACIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS EN SENTENCIA FIRME

Vía singular y excepcional bien diferente, en su naturaleza y procedimiento a seguir, a la de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia.

«Queda entonces por examinar la cuestión central planteada en el primer motivo de casación, en el que se alega la infracción del artículo 105 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Sostiene la recurrente que en este caso no hay razones para declarar la imposibilidad de ejecución de la sentencia y que tal declaración, al haber sido acordada por la Sala de instancia, constituye una vulneración de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que claramente se establece que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, y, en definitiva, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (se trata en realidad, del artículo 24. 1 del texto constitucional).

En torno a las cuestiones aquí suscitadas esta Sala ha recordado en repetidas ocasiones sirvan de muestra nuestras sentencias de 10 de marzo de 2008 y 23 de junio de 2008 el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Por tanto, todos los argumentos y datos que se aduzcan para sustentar en ellos una posible declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia han de ser interpretados y valorados a la luz de aquellos postulados, lo que inevitablemente conduce a una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad.

En atención a lo expuesto en los apartados anteriores, entendemos que no hay causa suficiente para declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia. Resulta por ello procedente casar los autos recurridos, debiendo acordarse en su lugar el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia.

Si el Ayuntamiento entendiéndose que el cumplimiento del fallo, y consiguientemente otorgamiento de la licencia, puede resultar seriamente perturbador para los intereses generales o de terceros hasta el punto de comportar un peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, existe en nuestro ordenamiento procesal un cauce excepcional que consiste en la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia firme (artículo 105.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Esta vía singular y excepcional es muy diferente, tanto en su naturaleza y significado como en el procedimiento a seguir, a la de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia (artículo 105.2 de la misma Ley), que fue la inde-

bidamente elegida por el Ayuntamiento y acogida por la Sala de instancia en el caso presente. Desde luego, no estamos prejuzgando aquí la procedencia de esa vía expropiatoria; y si aludimos a ella es a los solos efectos de indicar que, si el Ayuntamiento decidiese promoverla, debe entenderse que el plazo de dos meses a que se refiere el párrafo segundo del mencionado artículo 105.3 ha de computarse a partir de la notificación de la presente sentencia.

(STS de 17 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª F. D. 4º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 5964).

XVI. MEDIO AMBIENTE

RUIDO

Elemento desencadenante de vulneraciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad en el domicilio, siguiendo la doctrina del TEDH frente a posiciones indebidamente formalistas de nuestro Tribunal Constitucional.

«A conclusiones diferentes hay que llegar respecto a las alegadas infracciones de los derechos de los artículos 18.1 y 2. Es decir de la intimidad domiciliaria o del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el domicilio. Aquí es el ruido el elemento desencadenante de las vulneraciones alegadas por los recurrentes. Sobre ello se extendió la Sentencia de la Sala de Madrid valorando minuciosamente las pruebas aportadas y, en especial, el informe pericial realizado en la fase probatoria. Como hemos dicho, a la hora de extraer las consecuencias jurídicas de los hechos que tuvo por probados siguió las pautas sentadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001. En ella se denegó el amparo solicitado por una vecina de la ciudad de Valencia por la lesión que en sus derechos a la integridad personal y a la intimidad causaban los ruidos de establecimientos de ocio que por las noches penetraban en su domicilio, situado en una zona acústicamente saturada en niveles que le impedían dormir. En esa Sentencia el Tribunal Constitucional precisa que para que los ruidos sean determinantes de la infracción del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 deben ser prolongados, insoportables y evitables y consideró que, en ese caso, no llegó a acreditarse en el interior de la vivienda un nivel de ruido prolongado e insoportable.

Sucede, sin embargo, que, posteriormente, el TEDH (caso Moreno Gómez contra España), en su Sentencia de 16 de noviembre de 2004, ha considerado que, efectivamente, hubo una lesión del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del CEDH no corregida por el Tribunal Constitucional. Dice, en concreto, que es indebidamente formalista («unduly for-

malistic») exigir a la recurrente que pruebe los niveles alcanzados por el ruido dentro de su casa cuando las autoridades municipales, de conformidad con las ordenanzas, habían declarado acústicamente saturada la zona en la que se encuentra. Declaración que, recuerda la Sentencia, comporta el reconocimiento de que los residentes en ella están expuestos a altos niveles de ruido que les causan serias molestias. También observa el TEDH que por personal municipal se comprobó la superación de los límites máximos permitidos en varias ocasiones y, ante ello, afirma que no parece necesario requerir a una persona de un área acústicamente saturada aportar la evidencia de un hecho que la autoridad local conoce oficialmente. Por eso, a la vista del volumen del ruido –por la noche y más allá de los niveles permitidos– y del hecho de que se prolongara durante varios años, el Tribunal de Estrasburgo apreció la infracción de los derechos protegidos por el artículo 8 del CEDH.

No impidió este pronunciamiento la circunstancia de que el Ayuntamiento de Valencia hubiera adoptado medidas (como la ordenanza sobre el ruido y las vibraciones), en principio, adecuadas para asegurar el respeto a los derechos garantizados, porque toleró y, por tanto, contribuyó al repetido incumplimiento de las reglas que él mismo había establecido. Reglas para proteger los derechos garantizados que, continúa la Sentencia, de poco sirven «si no son debidamente hechas cumplir», porque, insiste el TEDH, el Convenio pretende proteger derechos efectivos, no ilusorios y los hechos muestran que la recurrente sufrió una seria infracción de su derecho al respeto de su domicilio como resultado del fracaso de las autoridades al enfrentarse a las molestias nocturnas. De ahí que, en esas circunstancias, el Tribunal aprecie el incumplimiento por el Estado de su obligación positiva de garantizar el derecho de la recurrente al respeto de su domicilio y de su vida privada en vulneración del artículo 8 del CEDH.

El artículo 10.2 de la Constitución nos obliga a tener presente este fallo del Tribunal de Estrasburgo a la hora de resolver este recurso.»

(STS de 13 de octubre de 2008. Sala 3ª, Secc. 7ª F. D. 9º. Magistrado Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva. Ar. 7142).

XX. RESPONSABILIDAD

DAÑO MORAL

El concepto de daño evaluable incluye el daño moral. En el presente caso se lesiona el poder de la persona de autodeterminación: nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que se practicase en tiempo útil la prueba prenatal de detección de dicha patología.

«Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre –ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata–, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr. F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *mínimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución).

Junto a estos perjuicios, debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado; pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo

y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados. En el caso examinado, la situación económica y familiar de los padres declarada probada en la sentencia permite admitir, en principio, la existencia de este tipo de perjuicio, atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello”.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido luego seguida también en casos, como el ahora examinado, de nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que se practicase en tiempo útil la prueba prenatal de detección de dicha patología. Véanse, en este sentido, las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 2006,⁴ de noviembre de 2005 y 16 de octubre de 2007.

Aplicando cuanto se acaba de exponer al presente caso, resulta claramente que el hecho desdichado, de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara –habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria– la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad. Esto fue admitido por la propia resolución de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana de 7 de febrero de 2002.»

(STS de 4 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Giménez. Ar. 5860).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

PASEO MARÍTIMO y SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO

No pueden invocarse determinaciones de un PGOU para el otorgamiento de autorizaciones contrarias a las limitaciones de la zona de servidumbre de paso.

«En relación con la previsión legal de que la zona de servidumbre de tránsito puede ser ocupada por la ejecución de un paseo marítimo, la recurrente formula varios motivos de casación en los que se alega la infracción de los artículos 27.3 de la Ley de Costas y 51.3 de su Reglamento (motivo segundo), así como, en relación con ellos, la infracción del artículo 27.1 de la Ley 22/1988, que fija en seis metros la anchura de la servidumbre de tránsito (motivo quinto); y la infracción del artículo 44.5 de la misma Ley, que determina que los paseos marítimos se localizarán fuera de la ribera del mar

(motivo sexto). Pues bien, ninguno de estos motivos puede ser acogido. La Sala de instancia en ningún momento cuestiona la posibilidad de que la zona de servidumbre de tránsito sea ocupada un paseo marítimo. Lo que sí declara la sentencia –y acierta al hacerlo– es que, habiendo quedado fijado el límite interior de la ribera del mar en el correspondiente expediente de deslinde, la ejecución de un paseo marítimo no altera esa delimitación de la ribera del mar ni modifica, por tanto, el ámbito espacial de la servidumbre de tránsito, pues esta sigue afectando a la franja de 6 metros medidos desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 27.1 de la Ley 22/1988).

Por tanto, no cabe aceptar el razonamiento de la recurrente –que coincide con el que aparece plasmado en la resolución administrativa anulada por la sentencia– según el cual la ejecución del paseo marítimo habría convertido el límite interior de la ribera del mar en una línea puramente teórica y el mencionado paseo marítimo habría suplantado a la servidumbre de tránsito. Frente a ese planteamiento, lo cierto es que el ámbito espacial de la servidumbre de tránsito resultante del acto de aprobación del deslinde subsiste con plena virtualidad; y, por tanto, las limitaciones y prohibiciones que le son propias han de seguir operando en esa franja de seis metros medidos desde el límite interior de la ribera del mar fijado en el deslinde.

A lo anterior no cabe oponer, por más que así lo pretende la recurrente, la existencia de una Plan General de Ordenación Urbana que contempla la existencia del paseo marítimo y según se alega la recurrente, fija las alineaciones de la fachada de edificaciones que dan frente al mar. A esta cuestión aluden, desde diferentes perspectivas, los motivos de casación tercero, cuarto, décimo y decimocuarto. Los examinaremos de manera conjunta por estar todos ellos relacionados entre sí; y desde ahora anticipamos que ninguno de estos motivos puede ser acogido.

En ningún apartado de la sentencia, ni desde luego en su parte dispositiva, se cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma para la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas, por lo no que no cabe considerar vulnerado el artículo 114 de la Ley 22/1998 SIC (motivo tercero). En cuanto el hecho de que el citado Plan General se hubiese aprobado con el informe favorable de la Demarcación de Costas, tampoco por esta circunstancia cabe reprochar a la Administración del Estado –demandante en el proceso de instancia– el haber ido contra sus propios actos al impugnar luego el concreto acto de autorización aquí controvertido (motivo decimocuarto).

Como se explica en la sentencia dictada con esta misma fecha en el recurso de casación 5196/04, sintetizando las alegaciones que había hecho la Abogacía del Estado en la demanda presentada en aquel proceso, la autorización otorgada por la Administración autonómica es contraria derecho porque la edificación autorizada invade el ámbito de las servidumbre de tránsito y de protección, sin que tal ilegalidad pueda considerarse enervada por el hecho de que el Plan General califique los terrenos como suelo residen-

cial y fije alineaciones y rasantes, pues tales determinaciones del planeamiento se hacen con relación a las edificaciones existentes con anterioridad a la Ley de Costas y con la mira puesta en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Ley de Costas, que determinan el régimen jurídico de esas edificaciones anteriores situadas en el ámbito de las servidumbres de protección y de tránsito. El planteamiento es trasladable al caso que nos ocupa pues, en efecto, las determinaciones del Plan General no pueden habilitar el otorgamiento de autorización para la edificación de viviendas que ocupen el ámbito de la servidumbre de tránsito, por ser ello abiertamente contrario a lo dispuesto concordadamente en los artículos 23.1, 25.1.a y 27.1 y disposición transitoria cuarta 2 de la Ley 22/1988.

Por tales razones, no puede afirmarse que haya sido vulnerado en este caso el Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas (motivo de casación undécimo) Como tampoco cabe apreciar que la sentencia recurrida vulnere lo dispuesto, contrario sensu, en los artículos 112 y 117 de la Ley 22/1988, de Costas, referidos a los informes que de la Administración del Estado en la tramitación de los instrumentos de planeamiento, y cuyo significado y alcance han sido precisados por la STC 148/1991, de 4 de julio (motivo cuarto). Sobre esto último baste decir que la Sala de instancia deja claramente establecido en su resolución (fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia recurrida), de un lado, que la Comunidad Autónoma es la competente para resolver sobre la autorización controvertida y, de otra parte, que el informe el informe previo de la Administración del Estado es preceptivo pero no vinculante, afirmaciones ambas sobre las que no se ha suscitado controversia en casación. Que la sentencia recurrida anule la autorización no significa que atribuya carácter vinculante al informe negativo emitido por la Demarcación de Costas; únicamente pone de manifiesto que la Sala de instancia ha considerado que la autorización es contraria a derecho, y ello por razones sustancialmente coincidentes con las señaladas en aquel informe contrario de la Demarcación de Costas, luego reiteradas en la demanda presentada por la Abogacía del Estado.

En relación con lo que llevamos expuesto en este apartado, es claro que tampoco puede ser acogido el motivo de casación decimosegundo, en el que se alega la infracción del principio de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues como hemos explicado, las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana no pueden invocarse como respaldo suficiente para el otorgamiento de una autorización que resulta contraria a las disposiciones de la Ley de Costas.»

(STS de 20 de octubre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 6889).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Sistema de impugnación de actos y acuerdos locales. Doctrina del Tribunal Supremo. Aprobación por silencio de Planes Generales de Ordenación Urbana: límites; carácter sinalagmático del principio; no puede exigirse el silencio si el expediente no estaba completo. Doctrina del Tribunal.

Primero. La Junta de Andalucía, con invocación expresa del artículo 65 de la Ley 7/85, impugna el acuerdo identificado en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, adoptado por el Ayuntamiento demandado, y que declara aprobado por silencio administrativo el Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de La Viñuela.

El acuerdo objeto de impugnación, adoptado por el Ayuntamiento en Pleno, afirma que “el Plan General de Ordenación urbanística de la Viñuela ha sido aprobado definitivamente por silencio, siendo preciso para su total eficacia y vigencia proceder a su publicación en la forma prevista en la ley”. Acto seguido se produce una resolución con antecedentes y fundamentos de Derecho y con una parte dispositiva donde se vuelve decir, como acto del Pleno que “Acuerdo. Primero. Declarar definitivamente aprobado por Silencio Administrativo el Plan de Ordenación Urbanística de la Viñuela, en los mismos términos de su aprobación provisional tal y como consta en el documento técnico debidamente diligenciado. Aprobación que se produjo el día 9 de julio de 2007 por el transcurso del tiempo establecido en el artículo 32.4, párrafo tercero de la LOUA. (...) Tercero. Publicar el presente Acuerdo, así como el articulado del instrumento aprobado, íntegramente en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga.”

La pretensión revocatoria de la anterior resolución se basa, en esencia, en los siguientes fundamentos jurídicos

a) El expediente de elaboración del Plan remitido a la Administración autonómica el 7 de febrero de 2007 para su aprobación definitiva no estaba completo, pues carece del preceptivo Acuerdo Plenario de aprobación, de la Declaración de Impacto Ambiental, de los informes de organismos públicos afectados, por eso se emite escrito de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas el 20 de marzo de 2007 afirmando que “no

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

puede elevar el correspondiente expediente a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo para su conocimiento al haberse apreciado en el mismo deficiencias documentales y procedimentales (artículo 33-2 de la ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)”. Este requerimiento no puede estimarse extemporáneo, como se afirma en el antecedente decimocuarto de la resolución recurrida, porque existen requerimientos anteriores, a los que se remite el oficio de 20 de marzo de 2007. Requerimientos no cumplidos por la Administración municipal y que provocaron un apercibimiento de caducidad en el oficio de 20 de marzo de 2007 ante la paralización del expediente urbanístico por causas sólo imputables al Ayuntamiento demandado.

b) Entiende la Administración demandante que el artículo 33. 2 de la LOUA exige como premisa para que se produzca la aprobación por silencio del expediente de planeamiento remitido a la Administración autonómica que dicho expediente se encuentre completo. Por tanto el presupuesto de silencio no se cumple en el presente caso.

c) El acuerdo impugnado vulnera el ordenamiento jurídico, entre otras maneras, menoscabando la competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en orden a la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los municipios radicados en territorio andaluz. Interfiriendo el ejercicio de dicha competencia y con extralimitación de las competencias municipales. El artículo 13. 2.a) del Decreto 220/06 otorga la competencia para aprobar definitivamente el Plan General a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Estamos, por tanto, ante el ejercicio por el municipio de una competencia claramente autonómica.

d) Además de esta extralimitación competencial el acuerdo provoca una revocación de los anteriores requerimientos hechos por la Administración Autonómica en orden a la adopción de determinados acuerdos municipales, incorporación informes sectoriales, y declaración de impacto ambiental. Acuerdos y requerimientos que pudieron ser objeto de impugnación, a pesar de ser actos de trámite, pues impedían la continuidad del procedimiento. Esta revocación por “vía de hecho” de los requerimientos adoptados por la Administración Autonómica no sólo incurren en la nulidad radical contemplada en el artículo 62. 1. e de la Ley 30/1992, por ausencia del procedimiento adecuado, sino que ha sido adoptados por órgano manifiestamente incompetente, y por ello, también incurre en la nulidad radical el artículo 62. 1. b del mismo texto legal, además de suponer un quebranto también del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

e) Por último, y aparte de las nulidades denunciadas, el artículo 40. 5 del Decreto 292/95 impide la aprobación definitiva del planeamiento si la Declaración de Impacto Ambiental no está incorporada en el expediente, pues, tal y como indica el artículo 20 de la Ley 7/94 de Protección Ambiental, la referida declaración es vinculante para el órgano sustantivo y sus condicionamientos han de ser incorporados a la aprobación. y como cons-

ta en el expediente administrativo (folio 229) el Ayuntamiento demandado, con fecha 9 de octubre 2006, insta la emisión de nueva declaración de impacto ambiental ante las modificaciones operadas en el planeamiento dentro de la fase de elaboración municipal (folios 180 y 179 del expediente). De hecho el día de 12 de diciembre 2006 el Ayuntamiento remite nueva documentación del PGOU a la Delegación Provincial de Medio Ambiente a los efectos de que se emita una nueva Declaración de Impacto Ambiental. Por tanto no se ha producido declaración de impacto ambiental sobre las nuevas determinaciones introducidas, pues el único existente en el expediente, tomo tercero, estaba datado en octubre 2004. Fecha anterior a las modificaciones introducidas.

El Ayuntamiento demandado se opone a la pretensión impugnatoria afirmando, en esencia, lo siguiente.

a) No es objeto del debate el cumplimiento o incumplimiento por parte del Plan General de Ordenación Urbanística del marco jurídico regulador de su contenido y procedimiento, cuestión que debió fundamentar la resolución expresa solicitada en su momento por el Ayuntamiento, sino si el silencio administrativo positivo declarado por el acuerdo adoptado por el Pleno se produjo efectivamente. También debe ser objeto del debate si este acuerdo plenario invade o vulnera el reparto competencial establecido en el ordenamiento jurídico y a cuya defensa se brinda el artículo 66 de la Ley 7/1985.

b) El Ayuntamiento demandado entiende que de acuerdo con la Ley 30/1992, reformada por Ley 4/1999, el transcurso de los plazos para resolver impone la aprobación por silencio del Plan remitido a la Administración Autonómica, pues ha transcurrido tanto el plazo máximo para resolver fijado en el artículo 32. 4 de la LOUA, como el plazo dado por dicho texto legal para que la Administración emita el requerimiento que evite el cómputo del plazo máximo para resolver.

En efecto, la Administración autonómica recibe el expediente en 7 de febrero 2007 y el ocho de marzo no emite ningún requerimiento específico relativo a la subsanación de deficiencias o insuficiencias del expediente presentado. Por tanto, superado el plazo establecido en el artículo 32.4 de la LOUA, hay que entender que el expediente estaba completo. Así las cosas el día ocho de julio del mismo año se cumplió el plazo máximo para resolver y, en consecuencia, se aprobó por silencio el Plan. La única posibilidad que le queda a la Administración autonómica es revisar, de oficio, la resolución presunta. Pero resolución en definitiva.

c) También considera que el cauce procesal previsto en el artículo 65 de la Ley 7/85 choca frontalmente con la pretensión de la demandante fundada sobre la supuesta invasión de competencias autonómicas y ello porque lo autorizado por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía es a impugnar por vulneración del artículo 65, no por la lesión competencial contemplada en el artículo 66 del mismo cuerpo legal, y que viene a ser el único cauce legítimo en defensa de la competencia autonómica frente a la actuación

municipal, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de mayo de 1999, recaída en el recurso de casación 841/1994.

Por ello solicita la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la Comunidad Autónoma o, en su caso, que se desestime la pretensión por haberse producido el silencio positivo.

La falta de legitimación de la Comunidad Autónoma será nuestro primer pronunciamiento, por afectar a la válida constitución de la relación jurídica procesal.

SOBRE LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 65 DE LA LEY 71/1985. LEGITIMACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN EL CASO DE AUTOS. El Ayuntamiento demandado opone como causa de inadmisibilidad del recurso la falta de legitimación de la Comunidad Autónoma ya que la defensa de su propia competencia, ante una posible extralimitación competencial municipal, sólo puede hacerse a través del cauce del artículo 66 de la Ley 7/85. Cita en defensa de su tesis una sentencia del Tribunal Supremo que confirma una sentencia de esta Sala en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

a) Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los artículos 63, 65, 66 y 67 de la Ley 7185.

Por ser necesaria para la adecuada respuesta a la inadmisibilidad planteada debemos citar las sentencias más significativas sobre el ejercicio de las acciones de impugnación, basadas en legitimación cualificada contemplada en la Ley 7/1985, dentro de los pronunciamientos más recientes, pero por orden de antigüedad. Subrayando lo que consideramos doctrina aplicable al caso presente.

La STS Sala 3ª, sec. 2ª, S 5-10-2001, rec. 1497/1995, parte de un examen de las acciones contempladas en la Ley 7/85 y afirma que deben contemplarse como una graduación del mismo supuesto de hecho, sin que se acabe afirmando que estamos ante distintos procesos jurisdiccionales según se invoque el artículo 65, el artículo 66 o el artículo 67. Acaba afirmando que, en cualquier caso, no debe interpretarse restrictivamente la cita y legitimación contemplada en el artículo 65. Así en palabras textuales afirma nuestro Tribunal Supremo:

“En efecto, los preceptos invocados son los artículos 65 y 66 de la Ley 7185, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, argumentando la Corporación recurrente –dicho sea en síntesis– que las referidas normas establecen dos procedimientos diferentes para la impugnación de los Acuerdos de las Corporaciones locales, por la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas; –el del art. 65 – cuando se trate de una mera infracción del ordenamiento jurídico y el del art. 66, cuando se produce una extralimitación competencial, que no son –los procedimientos– acumulables, mientras la Sentencia ignora esa dualidad, incurriendo en inadecuación de procedimiento y no especifica la causa de anulación del acto impugnado, incurriendo en incongruencia frente a las peticiones de la Diputación de Girona, que invoca la Sentencia de 15 de marzo de 1993 en apoyo de su tesis.

– Nuevamente se plantea, ahora por la vía de un motivo de casación, la causa de inadmisibilidad esgrimida en la instancia y rechazada por la Sala sentenciadora.

Para la correcta interpretación del alcance procesal que ha de darse al contenido de los invocados artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, ha de partirse de la observancia de su inclusión en el capítulo III del Título V, bajo la rúbrica genérica de “Impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones”. En su primer artículo (el 63) se establece la regla de legitimación activa en favor de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas para la impugnación de acuerdos de las Corporaciones Locales en sentido amplio, es decir, Diputaciones y Ayuntamientos y en los artículos 65. 66 y 67 se detallan las particularidades de motivos, plazos, requerimientos y medidas cautelares. en su caso. según se trate de acuerdos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, en una infracción que menoscabe o interfiera la competencia del Estado o las Comunidades Autónomas, o que se trate de acuerdos atentatorios gravemente al interés general de España, con lo que se traza una graduación en la gravedad de la vulneración del ordenamiento, pero sin que por ello, como acertadamente declaró la Sala de instancia, se establezcan diferentes procesos jurisdiccionales ya que todos cualquiera que sean sus particularidades en el procedimiento administrativo previo, se articulan por las reglas del recurso contencioso administrativo ordinario, con la sola especialidad de las fórmulas de suspensión, que en el último caso –es decir el de riesgo para el interés general de España– llega a la posibilidad de suspensión del acuerdo directamente por el Delegado del Gobierno, si no es atendido el requerimiento previo y sin perjuicio de lo que, en definitiva, decida la jurisdicción contencioso administrativa, ante la que ha de impugnarse el acuerdo de la corporación local en el plazo de diez días. La Sentencia de 15 de marzo de 1993, que la Diputación recurrente invoca, relativa al caso de anulación de unas oposiciones para Alguacil de un Ayuntamiento, por no haberse observado la necesidad de tener permiso de conducir, que era requisito incluido en las bases, lo que hace son declaraciones concretas, aplicables al caso allí controvertido, sobre el interés legitimador de la pretensión procesal, pero precisamente partiendo de la base de que el art. 65,1 de la Ley 711985, no puede ser interpretado restrictivamente.

En efecto si como claramente se desprende del texto de los artículos citados la voluntad legislativa es la de impedir que tengan efectos los acuerdos ilegales de las Corporaciones locales, sería contraria a esa esencialidad normativa una interpretación que condujera a hacer inviable su anulación, sino se diferenciaba perfectamente antes cual era la acción impugnatoria ejercitada en cada caso, que es la tesis que proclama la parte recurrente en esta casación, que ha de ser rechazada”.

Más exhaustiva, pero en el mismo sentido, es la STS Sala 3a, sec. 2ª S 15–12–2001, rec. 5404/1996, cuando afirma lo siguiente:

“SEGUNDO.– El primero motivo opone la supuesta falta de legitimación activa en la Administración autonómica para impugnar una Ordenanza Fiscal municipal, por quebrantamiento del principio de autonomía local.

Se está planteando de esa forma la inadmisibilidad del recurso, en los términos del art. 82.b) de la Ley de la Jurisdicción de 1956, cuestión que se resolvió en la instancia en el auto de 30 de marzo de 1995, resolviendo alegaciones previas, al que se remite expresamente la sentencia recurrida. Sostuvo la sentencia de instancia, con correcto ra-

zonamiento, que no existe alteración del principio citado, puesto que la Junta de Andalucía no ejerce control o tutela alguna sobre los actos de las Administraciones Locales, sino que se limita a ejercer las competencias que, en materia de Régimen Local, le atribuye el art. 13.3 del Estatuto de autonomía, razonamiento al que habría que añadir que la Junta viene también legitimada por la Ley de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, por medio de su artículo 65, que además enlaza perfectamente con el citado art. 13.3.

TERCERO. – Ésta es también la doctrina que esta Sala ha expresado en sus sentencias de 13 de marzo y 2 de octubre de 1999.

En ellas recordábamos que era preciso tener presente que la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local diseña, en el Capítulo III del Título V, un régimen de impugnación por las Comunidades Autónomas, en cuanto aquí interesa, de actos y acuerdos de las Entidades Locales, que puede sintetizarse así:

1º) Actos y acuerdos que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, que podrán ser impugnados por los sujetos legitimados en el régimen general –art. 63.1 de la Ley Reguladora de las Bases mencionada, en relación con el art. 28.1 a) y b) de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable, con la interpretación jurisprudencial que hacía equivalente el interés directo al legítimo y ampliaba la legitimación corporativa a la personal basada en ese mismo interés, hoy art. 19.1 a) de la Ley vigente de esta Jurisdicción en el cual habrá de incluirse a las Administraciones estatal o autonómica que invoquen un interés legítimo que trascienda del mero interés en la legalidad, en el sentido de que la declaración pretendida del órgano jurisdiccional suponga para ellas un beneficio o utilidad en el más amplio sentido del término y, por ende, aunque sólo sea instrumental o indirecto. Actualmente, la mención de la nueva Ley a “personas físicas o jurídicas”, sin mayor especificación, permite sin dificultad alguna integrar en estas últimas a las Administraciones territoriales y, entre ellas, desde luego, a las Comunidades Autónomas.

2º) Actos y acuerdos que asimismo incurran en infracción del ordenamiento jurídico que podrán ser impugnados en lo que aquí importa por las Administraciones autonómicas “en el ámbito de sus respectivas competencias” según la doble y opcional vía a que se refieren el art. 65 de la tan invocada Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y los arts. 214 y 215 del Reglamento de Organización Funcionamiento Régimen jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986: la primera, mediante requerimiento motivado con cita de la normativa que se considere infringida, que deberá formularse dentro del plazo de quince días desde la recepción del acto o acuerdo de la Entidad Local, con la finalidad de que ésta proceda a su anulación dentro del plazo que se señale; la segunda, mediante impugnación directa ante la Jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo de que se trate.

3º) Actos y acuerdos en que la infracción del ordenamiento jurídico consista específicamente en menoscabo e interferencia en las competencias de las Comunidades Autónomas o en extralimitación respecto de las correspondientes a la propia Entidad Local, (y en este caso sin que la Ley exija al menos expresamente vinculación con las competencias autonómicas que podrán ser impugnados directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sin necesidad de previo requerimiento y en los términos

de los arts. 66 de la Ley y 216 del Reglamento antes mencionado. Es de notar que la vigente Ley Jurisdiccional –art. 19.1 d) engloba los dos últimos casos en un solo supuesto legitimador, mediante una genérica remisión a lo dispuesto en la legislación de régimen local, y para impugnar los autos y disposiciones que afecten al ámbito de la autonomía de las Comunidades Autónomas, expresión esta que comprenderá, por tanto, la legitimación autonómica para impugnar los actos acuerdos locales “en el ámbito de su competencia” y para impugnar “actos y acuerdos locales que menoscaben o interfieran las competencias autonómicas” o que simplemente “excedan de la competencia de dichas entidades”.

En el supuesto de autos, como en el de la sentencia que estamos citando, la Junta de Andalucía optó por la primera vía del segundo de los sistemas acabados de mencionar, formulando el requerimiento de anulación a que hacen mérito el art. 65 de la Ley (...)

La legitimación de la Junta de Andalucía en el presente caso, por todo ello, es indiscutible y encuentra su cauce formal en el art. 65 de la Ley de Bases de Régimen Local, que fue el utilizado por la Junta.”

En el mismo sentido que la sentencia que invoca el ayuntamiento demandado, tenemos la más reciente STS de 13/2/2002. Pero aquí, y a diferencia de las anteriores, no se afirma que estemos ante procesos distintos, según se invoca el artículo 65 ó 66 de la Ley, sino que iniciado un proceso invocando extralimitación competencial del artículo 66, no puede después articularse la demanda afirmando que existen vulneraciones del ordenamiento jurídico que, además, no son competencia propia del Estado. En efecto así hay que entender los siguientes fundamentos jurídicos del Tribunal Supremo:

“La cuestión planteada en el proceso no era, pues, si la licencia impugnada resultaba o no conforme a Derecho desde el punto de vista urbanístico, sino ésta más concreta: si la licencia –sea legal o ilegal urbanísticamente– interfiere o no el ejercicio de competencias estatales.

No se trata de establecer una restricción de la legitimación del Estado, sino de conducir el proceso a donde su representación quiso llevarlo, a saber, al ámbito de la interferencia en el ejercicio de competencias estatales.

(Y no es aceptable la propuesta del Sr. Abogado del Estado de que la diferencia entre el proceso del artículo 66 de la Ley de Bases de Régimen Local y el proceso de su artículo 65 es simplemente de matiz, –abogando sin duda porque se entienda utilizado el segundo para el caso de que haya de fracasar el primero–, porque lo cierto es que el régimen privilegiado en cuanto a la suspensión que el artículo 66 prescribe sólo encuentra justificación en la defensa de las amenazadas competencias estatales, objeto del proceso que, por eso mismo, no puede ser adulterado).

Enmarcado así el objeto del proceso, habremos de desestimar el recurso de casación y confirmar la desestimación del recurso contencioso administrativo, ya que (tal como dijo la sentencia recurrida) el Sr. Abogado del Estado no cita ningún precepto de la Ley de Costas que haya sido infringido por la licencia impugnada, ni que ésta invada o interfiera competencias del Estado en materia de costas.”

Precisamente para remarcar que en el artículo 65 debe moverse la Administración impugnante dentro del marco de su propia competencia, la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 3–3–2004, rec. 6056/2001 nos recuerda la doctrina de las

primeras sentencias citadas y tan sólo exige que estemos ante un supuesto donde la Administración que ejerce la acción tenga competencias en materia de régimen local. Por eso afirma textualmente que:

“TERCERO.— Argüye con acierto la parte recurrente cuando sostiene que la posibilidad de ejercitar las acciones de impugnación del artículo 65 no es exclusiva de la Administración del Estado siempre y cuando a la Comunidad Autónoma de que se trate le venga también conferida en virtud de la conexión existente entre el acto impugnado y el ámbito competencial autonómico, sin perjuicio de las acciones que igualmente al Estado le puedan corresponder, y superando Así una interpretación excesivamente restrictiva del precepto. Esa posibilidad aparece cumplidamente reconocida en las Sentencias de este Tribunal de 13 de marzo, 2, 4 y 30 de octubre de 1999, a las que cabe agregar otras posteriores (9 de julio de 2001 y 2 de febrero de 2002, por vía de ejemplo). En ellas se estudia la legitimación procesal que resulta exigible para impugnar los acuerdos de los Entes Locales atendiendo a la naturaleza de la acción ejercitada.

En lo que se refiere a la que se apoya en el artículo 65 de la Ley de 2 de abril de 1985, ciertamente es necesario que la Comunidad Autónoma demandante actúe en el ámbito de sus respectivas competencias, o también (desde el punto de vista del artículo 19.1.d) de la Ley 13198) que los actos impugnados afecten al ámbito de su autonomía pero estas circunstancias concurren cuando la Comunidad Autónoma de que se trate tiene asumidas competencias en materia de régimen local, sea con carácter exclusivo o en el aspecto de desarrollo y complemento de la legislación estatal.

(...)

... porque la finalidad perseguida con el ejercicio de la acción derivada del artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local únicamente postula la delimitación o depuración de las respectivas competencias, sin necesidad de que exista el previo planteamiento de un conflicto concreto.

Cuestión diferente será que los actos combatidos merezcan ser anulados, al resultar efectivamente contrarios a Derecho.”

Por último, es definitiva la doctrina de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 25–10–2005, rec. 3026/2003 cuando, resumiendo y actualizando la postura del Tribunal Supremo, pone en relación lógica la legitimación específica regulada en la Ley 7/85 con la Ley Jurisdiccional 29/1998. Distingue los supuestos contemplados en la primera de ellas, pero interpretándolos conforme a la segunda. y acaba admitiendo la legitimación con invocación del artículo 65 para depurar el ordenamiento jurídico en el círculo de intereses, competencia propia, de la recurrente. Estas son, en palabras del Tribunal Supremo, las pautas interpretativas en la materia:

“Antes de la entrada en vigor de la actual Ley jurisdiccional 29/98, la Ley de 5 de octubre de 1981, con el fin de acordar normas complementarias sobre el tema de la legitimación para el ejercicio de la acción contencioso–administrativa, había estipulado en su artículo 20 que la Administración del Estado estará legitimada para recurrir ante dicha jurisdicción las normas y actos emanados de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales sometidos a su tutela, sin establecer restricciones de ninguna clase. Aunque la actual norma jurisdiccional 29/98 no ha recogido expresa-

mente esa manifestación, lo cierto es que la cláusula derogatoria que figura en la misma no incluye la Ley de 5 de octubre de 1981, dotada de propia sustantividad, y que tampoco aparece ésta derogada explícitamente por ninguna otra disposición.

Cierto es que la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 desarrolla en sus artículos 63 y siguientes los supuestos concretos en que los acuerdos de los Entes Locales pueden ser impugnados, haciendo referencia expresa en el apartado a) del artículo citado a que, en el caso del Estado y de las Comunidades Autónomas, esa posibilidad estará subordinada a los casos y términos previstos en los preceptos de ese mismo Capítulo, con lo que parece poner fin a la posibilidad, hasta entonces explícitamente reconocida, de que el mero interés de la legalidad pudiese justificar la legitimación procesal del Estado en la impugnación de tales actos.

Sin embargo, y prescindiendo del específico supuesto del artículo 67 que no es del caso, resulta claro que la legitimación de la Administración Estatal puede seguir apoyándose en dos clases de motivaciones: a) la invasión de competencias que le son propias, la interferencia en su ejercicio, o la extralimitación competencial por parte del Ente Local (artículo 66); b) la consideración, dentro del ámbito de las competencias que le vienen atribuidas, de que el acto o acuerdo del Ente Local infringe el ordenamiento jurídico.

Y aún cabría añadir, como señalan las Sentencias de esta Sala de 13 de marzo y 30 de octubre de 1999 en relación con el artículo 63.1, que también ha de considerarse legitimado al Estado para impugnar cualquier acto o acuerdo siempre que ostente el interés que para ello requiere el artículo 19.1. a) de la Ley jurisdiccional, en el sentido de que el resultado de la acción que se ejercite habrá de suponerle un beneficio o utilidad, económico o de cualquier otro orden –aunque solo sea instrumental e indirecto– siempre en conexión con la naturaleza de la misión que a la Administración del Estado le viene conferida.

El alcance que ha de darse a estos supuestos de legitimación no ha sido interpretado de manera uniforme. Frecuentemente se ha sostenido que el mero interés de la legalidad no es suficiente para justificarla, sino que se requiere que el ejercicio de la acción le suponga un beneficio o utilidad concreto de cualquier naturaleza que sea; pero (y como ocurre precisamente en el caso de las dos Sentencias de esta Sala que se citan en el párrafo anterior) esa salvedad se conecta con aquellos supuestos en que la legitimación que se ostente provenga únicamente de la aplicación genérica del artículo 19.1. a) de la Ley de la Jurisdicción, y no cuando se trata de accionar al amparo de los artículos 65 a 67 de la Ley 7/85. En este último supuesto el interés que constituye la razón de ser de la intervención de la Administración del Estado radica (y por ende la justifica sin necesidad de ulteriores argumentos), bien en la invasión competencial que se le irroge y se trate de evitar (artículo 66), bien en la infracción del ordenamiento jurídico que el acto o decisión suponga y que esté dentro de su competencia el corregir (artículo 65), o, en fin, en las circunstancias extremas a que se refiere el artículo 67.

Ese es el criterio que ha terminado por prevalecer en esta Sala, que (por vía de ejemplo) ha reconocido plenamente la legitimación de la Administración del Estado cuando se trate de anular incrementos retributivos de funcionarios municipales, por el riesgo que su otorgamiento pueda suponer para la política económica del mismo (Senten-

cia de 12 de diciembre de 2003); o de la vulneración de los preceptos constitucionales sobre la cooficialidad de las lenguas (Sentencia de 13 de noviembre de 2000); o de la infracción que supone la constitución de mancomunidades para prestación de servicios que no sean de competencia municipal (Sentencias de 10 de febrero y 27 de octubre de 2000); del interés del Estado en el cumplimiento del ordenamiento jurídico con respecto al uso del castellano (Sentencia de 1 de julio de 1999); o, en fin, –con relación con los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española– en lo que se refiere a la exigencia del conocimiento de las lenguas cooficiales en el acceso a la función pública (Sentencia de 13 de octubre de 1998).

No significa lo que acabamos de recordar que, en todos los casos, se hubiesen estimado las razones alegadas para invalidar determinados actos o acuerdos de los Entes Locales a que se refieren las citas efectuadas, ni que se hubiese considerado justificada la infracción del ordenamiento jurídico que se aducía por la Administración. Lo que sí ha de ser considerado relevante es que, en todos ellos, se ha tenido por legitimada a la Administración para promover el recurso contencioso, sin ostentar otro interés que, ya fuere el derivado de su competencia para velar por el cumplimiento de los fines perseguidos por la política económica estatal, ya por confinar al ámbito de la propia competencia los actos de los entes territoriales o mantener el respeto a la cooficialidad del lenguaje y el principio de igualdad en el acceso a la función pública.

No existe contradicción alguna entre el hecho de reconocer la legitimación procesal y la eventual falta de éxito de la impugnación, y el ignorarlo no significa otra cosa que confundir los argumentos legales que pueden permitir la intervención en la causa de la Administración del Estado con las razones de fondo que puedan o no asistirle en el ejercicio de su pretensión.

Hemos de concluir, por lo tanto, que la existencia de la legitimación específica que otorga el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local a la Administración del Estado para corregir las infracciones del ordenamiento jurídico en que puedan incurrir los Entes Locales, permite considerarlo asimismo legitimado con arreglo al artículo 19.1 de la Ley de la Jurisdicción vigente, en su relación con el artículo 63.1 de la Ley de Bases.

TERCERO.– Trasladando al caso presente los anteriores razonamientos, y pese a la alegación normalmente conjunta de la vulneración de los artículos 63, 65 y 66 de la Ley 2185, es fácil concluir que el representante de la Administración se está acogiendo al cauce legitimador recogido en el párrafo anterior. Así se desprende claramente de la específica referencia a las Sentencias de esta Sala –ya citadas en el curso de la instancia– de 13 de marzo y 30 de octubre de 1999 y la especial insistencia en la invocación de la de 9 de julio de 2001, dictada con posterioridad a la interposición de la demanda, en la cual se ratifica la doctrina sentada en las anteriores y se declara expresamente que la legitimación que autoriza el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local no se concreta al servicio de la competencia vulnerada, sino a la depuración del ordenamiento jurídico en su círculo de intereses o haz de competencias, extendiéndose a todos aquellos casos en los que se dé una conexión material entre el ámbito impugnado y el ámbito competencial autonómico (o estatal, en este caso).

En efecto: si la pretensión se basa en la improcedencia de que se trasladen

fondos a una entidad que persigue finalidades políticas, algunas de las cuales encarnan propuestas y procedimientos que superan el marco constitucional, no se puede dudar razonablemente de que la Administración del Estado se encuentra en principio legitimada para promover una acción judicial contra la validez jurídica de ese acto, sin perjuicio de la carga procesal que suponga el demostrar la realidad de dicha alegación (artículo 63.1 de la Ley 2/85, en relación con el 19.1 de la Ley 29/98), y *tampoco puede ponerse en duda que, igualmente, lo está por la vía del artículo 65 de la primera de dichas normas –que únicamente constituye una particular especificación de la anterior– en la medida en que se alegue el derecho de la Administración del Estado a controlar la legalidad del acto de la Diputación Foral... en cuanto pueda suponer un exceso con respecto a los fines que justifican la competencia que viene atribuida a los Entes Locales por los artículos 36, 42 y 44 de su normativa básica, o por la misma Norma Foral 3187.*”

b) Aplicación de la anterior jurisprudencia al caso presente.

Como hemos visto la doctrina del Tribunal Supremo permite la invocación por parte de la Comunidad Autónoma de la legitimación derivada del artículo 65 de la Ley 7/1985. Pues, ni siquiera la Administración demandada lo duda, la competencia para aprobar definitivamente el Plan de Ordenación Urbanística corresponde a la Comunidad Autónoma, porque es una competencia propia. Derivada del título competencial urbanismo contemplado en el artículo 148.3 de nuestra Constitución, interpretado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo y 164/2001, de 11 de julio.

Competencia en materia de urbanismo que se desarrolla en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, modificada por Ley 13/2005, de 11 de noviembre y, en menor medida, por la Ley 1/2006 de 16 de mayo. Obviamente todas ellas del Parlamento de Andalucía. En el artículo 31. 2.B se afirma que la competencia para la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbanística corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo. artículo que debe entenderse desarrollado por el decreto 193/2003 de 1 de julio.

Por tanto estamos ante la defensa de una competencia propia, o si se utiliza la expresión del Tribunal Supremo, estamos en el marco de la propia competencia de la Comunidad Autónoma. No parece que sea una cuestión dudosa. Como tampoco lo es la legitimación de la Comunidad Autónoma, en aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior, para depurar el ordenamiento jurídico en su círculo de intereses cuando entienda que exista una intromisión ilegal en el mismo.

Frente a esta conclusión no pueden tenerse en cuenta algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo que parecen llevarnos a mantener una posible inadecuación del procedimiento escogido por la Comunidad Autónoma y en concreto la sentencia que invoca la administración demandada.

Pues bien, lo primero que tenemos que decir es que la sentencia citada nada tiene que ver con el caso de autos. En aquella sentencia, y proceso, el Abogado del Estado invocó formalmente el artículo 66 de la Ley 7/85 para interponer el recurso y obtener la suspensión de una licencia Urbanística. Posteriormente, al formular la demanda y expresar la pretensión revocatoria no se refirió a ninguna extralimitación competencial por parte del Ayuntamiento demandado, y tan sólo se limitó a hacer manifestaciones sobre estricta legalidad Urbanística y vicios posibles de la licencia impugnada. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia rechazó su pretensión al apreciar una suerte de fraude procesal y, el Tribunal Supremo, confirmó la sentencia. El supuesto de autos nada tiene que ver con el fallado en aquellos recursos. En el caso presente la Administración Autonómica invoca, desde el comienzo, la legitimación derivada del artículo 65 de la Ley 7/85. No pide que se aplique el artículo 66 y su régimen privilegiado de suspensión de la ejecutividad. Es más, cuando pide la suspensión lo razona por estrictos motivos de ponderación de intereses en conflicto. Sólo invoca, como precedente, un supuesto similar al de autos, fallado ya por la Sala, suspensión de un Pleno del Ayuntamiento de Marbella donde también se declaraba aprobado por silencio administrativo el PGOU de 1998. Bien es verdad que este último proceso se inició con invocación del artículo 66 de la Ley 7/85, pero la cita que se hace ahora sólo es a los efectos de comparar la situación entre ambos acuerdos impugnados.

Como conclusión de este fundamento jurídico segundo debemos afirmar que en los casos, como el presente, donde la Administración impugnante invoca el artículo 65 de la Ley 7/85 esgrimiendo razones de fondo sobre vicios de nulidad por incompetencia de la resolución que se impugna (sic). Vicios de nulidad por incompetencia que, obviamente, vincula a competencia propia, pues por eso la defiende ante los Tribunales. Y, por último, pero no menos importante, su postura procesal está perfectamente amparada en el artículo 19 de la Ley 29/98, hasta el extremo de que la fundamentación jurídica y la pretensión serían las mismas sin necesidad de invocar expresamente el artículo 65 de la ley 7/85, no parece razonable admitir interpretaciones restrictivas de la legitimación basándose en confundir legitimación con uso incorrecto de una procedimiento privilegiado. Lo no admitido por el Tribunal Supremo es utilizar el artículo 66 tan sólo para obtener la suspensión en la fase inicial del proceso y después abandonar la invocación de extralimitación competencial para cuestionar, como una suerte de ejercicio de acción pública, la resolución impugnada. Sin defender la propia competencia.

Los anteriores razonamientos llevan a la desestimación de la inadmisibilidad invocada.

SOBRE LOS REQUISITOS PARA QUE SE PRODUZCA EL SILENCIO POSITIVO EN EL MARCO DE LA LOUA.

La Administración Autonómica impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de La Viñuela porque, como primer motivo, no se ha producido el silencio positivo que dicha Administración local esgrime como principal

fundamento jurídico de su actuación. Entiende la recurrente que presupuesto esencial para que se aplique el artículo 32. 4 de la LOUA es que el expediente que se remita al órgano autonómico, encargado de su aprobación definitiva, esté completo. y manifiesta que dicho expediente no lo estaba porque ya con anterioridad a la entrada última del mismo en las dependencias autonómicas se había exigido por dicha Administración autonómica, en momentos anteriores, pero dentro de esta fase de elaboración del Plan, que se incorporarán determinados informes sectoriales, el acuerdo del propio Pleno del Ayuntamiento para asumir las modificaciones que se habían operado, y el informe ambiental preceptivo.

Frente a este argumento la Administración demandada afirma que esto debió ser advertido por la Administración autonómica dentro del primer mes del plazo que empezó a correr cuando se remitió, para su aprobación definitiva, el expediente de planeamiento.

Como vemos la resolución del problema pasa porque nos pronunciamos sobre si empezó a correr el plazo para aprobar el Plan, de forma definitiva, a partir del día 7 de febrero de 2007.

a) Presupuesto de aplicación del silencio positivo en el caso de aprobación definitiva del planeamiento.

Como ya hemos dicho anteriormente el artículo 32. 4 de la LOUA afirma que “la aprobación definitiva por la Consejería competente en materia de urbanismo de los Planes Generales de Ordenación Urbanística y de los Planes de Ordenación intermunicipal, así como, en su caso de sus innovaciones, deberá producirse de forma expresa en el plazo máximo de cinco meses a contar desde el día siguiente al de la presentación en el registro de dicha Consejería por el Ayuntamiento interesado del expediente completo, comprensivo del proyecto de instrumento de planeamiento y las actuaciones practicadas en el procedimiento de aprobación municipal. Dentro del primer mes del plazo máximo para resolver podrá formularse, por una sola vez, requerimiento al Ayuntamiento para que subsane las deficiencias o insuficiencias que presente el expediente aportado. El requerimiento interrumpirá, hasta su cumplimiento, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar. El transcurso del plazo fijado en el párrafo primero de este apartado, sin notificación de acuerdo expreso alguno, determinará la aprobación definitiva por silencio del correspondiente instrumento de planeamiento en los mismos términos de su aprobación provisional, si bien la eficacia de dicha aprobación estará supeditada a su publicación en la forma prevista en esta Ley.”

De este precepto podemos deducir los siguientes requisitos legales:

1.- La aprobación definitiva se produce por resolución, expresa o presunta, de la Consejería competente en materia de urbanismo, para el caso de que estemos ante un Plan General de Ordenación Urbanística.

2.- La resolución expresa debe adoptarse y notificarse en el plazo máximo de cinco meses desde que el Ayuntamiento interesado registre en las dependencias de la Consejería el expediente de elaboración del Plan.

3.- La ley exige que el expediente este completo, y por eso contempla que se acompañe junto a este expediente el proyecto de instrumento de planeamiento y las actuaciones practicadas en todo el procedimiento de aprobación municipal.

4.- Dentro del primer mes del plazo máximo la administración competente para resolver podrá formular, y por una sola vez, requerimiento para que se subsane las deficiencias o insuficiencias. Éste requerimiento interrumpe, hasta su cumplimiento, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar.

5.- El transcurso del plazo máximo para resolver y notificar determina la aprobación definitiva por silencio en los mismos términos que la aprobación provisional del Plan.

6.- La eficacia del Plan queda demorada hasta su publicación en la forma prevista en la Ley.

La Administración autonómica entiende que la falta del cumplimiento del requisito tercero, expediente completo, hace imposible que se invoque la falta de requerimiento contemplado en el requisito cuarto. Por el contrario la Administración municipal insiste, sin llegar a rebatir el hecho de que el expediente no esté completo, que la falta de requerimiento de subsanación de defectos hecho en el plazo del mes hace que debamos estar a la resolución presunta, y en su caso, instar los mecanismos de revisión de la misma. La respuesta que demos a la interpretación de estos requisitos pasa por recordar lo siguiente.

Con carácter general la figura del silencio positivo, sobre todo tras la reforma operada en la Ley 30/1992 por Ley 4/1999, contempla el transcurso del plazo dado para resolver, sin hacerlo por quien está obligado a ello, como una auténtica resolución estimatoria de lo solicitado. Es resolución a los efectos de la Ley 4/1999.

Las excepciones a esta resolución estimatoria obtenida por la falta de respuesta en plazo de la Administración, se encuentran en la propia Ley 30/1992, actualizada por la citada Ley 4/1999, así como las leyes específicas que así lo prevean.

En el caso presente la LOUA contempla nítidamente la figura del silencio positivo en el supuesto de aprobación definitiva del planeamiento. Y no establece excepciones por razones de fondo. Es decir, no contempla que la infracción interna del Plan que se somete a aprobación, respecto de otras normas de rango superior, impida que se produzca el silencio positivo.

Sí establece requisitos para que pueda entenderse que el Plan que se somete a aprobación definitiva puede hacerse, por resolución presunta, transcurrido el plazo legal máximo establecido.

Este primer requisito, con precedentes en materia de elaboración del planeamiento urbanístico, es que el expediente de planeamiento que se somete a aprobación definitiva, esté completo.

Este requisito tiene fundamento último en un principio general del derecho de obligaciones, que podemos considerar un principio general relativo al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones cuando hay una relación sinalagmática, cual es el artículo 1124 del Código Civil,

que, en lo que ahora importa, no permite que, en el supuesto de obligaciones recíprocas, uno de los obligados exija del otro el cumplimiento de su obligación mientras no haya, previamente, cumplido la propia.

Este principio general puede verse completado con otros, también dentro de un planteamiento jurídico muy genérico, como el ejercicio no abusivo del derecho propio (artículos 6.4 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Con igual filosofía, y por tanto igual fundamento jurídico final, también podemos completar este principio con los más actuales de confianza legítima (artículo 3.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, en esta específica materia introducido por la Ley 4/1999).

Concluyendo, finalmente, que esta conducta de exceso de celo en la exigencia del cumplimiento de obligaciones ajenas, y en paralelo, haciendo dejación del cumplimiento de las propias, cuando las dos son esenciales para la obtención del resultado legal contemplado, choca frontalmente con los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica (artículo 9 de nuestra Constitución).

Principios constitucionales que no sólo son un mandato jurídico, sino que también responden a una suerte de ética pública. Máxime cuando estamos hablando de Administraciones que tienen la obligación constitucional de someterse en su actuación a la Ley (artículo 103 de la Constitución).

Por eso, por una parte, la LOUA exige que el expediente esté completo, es decir que la Administración municipal cumpla su obligación en la fase de elaboración del planeamiento que le corresponde. El control del cumplimiento de esta obligación municipal la tiene la Comunidad Autónoma en el primer mes que transcurra desde la entrada del expediente completo. En este caso, puede, la ley utiliza la expresión verbal “podrá” y no la fórmula imperativa, requerir para que subsane las deficiencias del expediente. Hay que entender que, en su caso lo complete. Si no lo hace no puede posteriormente alegar incumplimiento de la Administración municipal cuando también la Autonómica ha incumplido su obligación de requerir de subsanación. Si las dos cumplen sus obligaciones legales, el resultado será, transcurrido el plazo de cinco meses, que el Plan se habrá aprobado por silencio, y responde a la necesidad, esencial en materia de urbanismo, de que exista un instrumento de planeamiento que regule los usos y la utilización de los recursos que tienen al suelo como elemento objetivo. No dilatando en el tiempo la situación de ausencia de regulación o interinidad de la ordenación urbanística.

b) Examen del cumplimiento de sus obligaciones por parte de las Administraciones implicadas en el caso de autos: Necesidad de que el expediente remitido por el Ayuntamiento está completo.

Como hemos dicho anteriormente para que se produzca la aprobación definitiva de un plan por silencio positivo tras la administración implicada, la municipal y la autonómica, ambas con competencias en la fase de elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, deben de haber cumplido los requisitos legales que la LOUA impone. De una parte que el expedien-

te remitido por la Administración Local a la Autonómica esté completo, y por otra parte que la Administración autonómica lo asuma como tal, es decir como completo, y transcurra el plazo máximo para aprobarlo de forma expresa. El expediente tiene que estar completo porque lo aprobado por silencio es lo único que existe, la aprobación provisional con la documentación que la precede. La aprobación por silencio coincide con la aprobación provisional, luego lo que se manda al órgano autonómico es la aprobación provisional y todos los documentos necesarios para que esta se entienda correctamente producida.

Esta conclusión no viene sólo de la dicción legal del artículo 32. 4 de la LOUA, sino que tiene sus antecedentes en el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana. BOE 221/1978, de 15 septiembre 1978. Con última reforma realizada por RD 304/1993 de 26 de febrero, por el que se aprueba la Tabla de vigencias de los Reglamentos de Planeamiento, Gestión Urbanística, Disciplina Urbanística, Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares y Reparcelaciones, en ejecución de la Disposición Final Única del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

En efecto, el artículo 133 del Reglamento, tiene la siguiente redacción literal:

“1. Cuando hayan transcurrido seis meses desde su ingreso del expediente en el Registro del órgano competente para la aprobación definitiva, y éste no hubiera comunicado resolución alguna a la Entidad u Organismo que otorgó la aprobación provisional, el Plan se entenderá aprobado por silencio administrativo.

2. No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan de que se trate.

3. La aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviere determinaciones contrarias a la ley o a Planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del Plan esté sometida a requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos.

4. Todas las modificaciones que se introduzcan en el Plan y que resulten aprobadas definitivamente deberán reflejarse en los planos y documentos correspondientes, extendiéndose diligencia de invalidación en aquellos que sean objeto de modificación, sin perjuicio de que se conserven con el resto de la documentación aprobada al objeto de dejar constancia de las rectificaciones.”

Este precepto ha sido interpretado, entre otras muchas, por la STS Sala 3a, secc. 5ª, S 23-5-2000, rec. 1621/1995, el siguiente sentido:

“Además de esta razón, la resolución impugnada alude a la existencia de defectos formales en la documentación aportada, defectos que han sido objeto de la debida concreción en la contestación a la demanda, entre los que se citan:,,_ La clase de suelo y sus condiciones de desarrollo se presentan con contradicciones en el contenido de la documentación aportada. En el documento de normas (p. 45) se presenta el Polígono de ac-

tividades económicas como zona de suelo urbano dentro del régimen de suelo urbano (apartado V) como mención expresa, así como el contenido de la ordenanza (p.3) cuando se establecen “las especificaciones a establecer para el desarrollo del polígono”, que en correspondencia a lo anterior sugiere tratarse de un polígono en suelo urbano. Mientras, en la documentación gráfica se delimita este ámbito como suelo urbanizable (plano 2 “División Urbanística” y como sector apto para urbanizar (plano 11 de gestión). – La indefinición de los aprovechamientos, usos admisibles, y la propia indeterminación que se establece en los criterios para el desarrollo del Plan Parcial (al que se pide expresamente que no regule parámetros de aprovechamiento, usos, forma y servicios fundamentales), están en contradicción con el contenido y determinaciones de la legislación urbanística, impidiendo por ejemplo valorar la viabilidad de la operación, las cargas y beneficios para la promoción y para la Administración local, y la correspondiente cesión de aprovechamientos. Se incumple, por lo tanto, la exigencia de documentación mínima (art. 97 del Reglamento de Planeamiento) y se carece del sistema legal de fiscalización y garantías para la correcta ejecución de una actuación de estas características. – En las fichas de ordenación se establece que la superficie de sistemas generales será “como mínimo, las establecidas en el Anexo del Reglamento de Planeamiento” cuando dicho Anexo define exclusivamente las reservas de carácter local, con mención expresa de dotaciones o reservas para el Plan Parcial; por lo que, según lo definido en el expediente, el nuevo polígono de 150 Ha. carecería de sistemas generales de suelo y carga de infraestructura general. – En los criterios de ordenación contenidos en la ficha se establece la “flexibilidad de desarrollo, mixto de fases y extensiones que se regulará en el plan parcial de acuerdo con los criterios del punto X 7. 2. del documento arriba mencionado” (por error remite a un documento no tramitado cuando debía haberlo al propio expediente en cuanto a zonas de ordenanza). El punto X 7.2. de la modificación de las normas establece en la página 6 los siguientes criterios, que no se ajustan sin menoscabo de sus contenidos legalmente regulados, debe conceptualmente asimilarse al tipo de “Plan Director”, con niveles normativo y de ordenación lo más generales posibles, tales que adopten más bien la función instrumental de criterios, cuya concreción se establezca en sucesivos proyectos de etapa, en donde se establecería la normativa precisa para cada caso”. Asimismo se establece que el plan parcial remitirá determinaciones de ordenación como son las alineaciones de toda la red viaria o la asignación de usos pormenorizados y delimitación de zonas en razón de aquellos. (art. 45 y 46 del Reglamento de Planeamiento) a lo que se denomina en la Modificación, Proyectos de etapa, dando a entender el carácter de éstos como un nuevo instrumento de planeamiento al margen de los establecidos por la ley. – Finalmente, el contenido técnico del documento tramitado, que se limita a la inclusión en las normas vigentes de 6 páginas de especificaciones genéricas, relativas al nuevo uso creado (Polígono de Actividades Económicas), no contiene memoria justificativa ni ningún estudio relativo al impacto de tráfico pesado en el viario local, no diseñado para estas cargas, ni del tráfico ligero que generaría, ni tampoco sobre consumo y abastecimiento de agua, viabilidad y condiciones para el sistema de vertidos, ni sobre otras necesidades de infraestructura, afecciones de sistemas generales existentes u otros impactos en el área.” Es indudable que tales deficiencias, sobre las que la entidad recurrente ha guardado un absoluto silencio, posibilitan la denegación acordada, en virtud de lo establecido

en el arto 133.2 del Reglamento de Planeamiento que establece: “No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan que se trate.”

Por tanto que el expediente remitido por el municipio al órgano autonómico esté completo es la premisa para que pueda producirse, en su caso, el silencio positivo.

Veamos si en el caso de autos podemos concluir con la existencia del cumplimiento de la obligación municipal de remitir el expediente completo.

El expediente de elaboración del Plan empieza con informe de la Secretaría del Ayuntamiento de fecha 10 de diciembre 2002 que hace constar que los trabajos técnicos han alcanzado y suficiente grado de desarrollo que permite la exposición pública preliminar o publicación del avance para la revisión de las normas subsidiarias.

El 10 de febrero de 2003 se aprueba inicialmente el plan.

El 15 de mayo de 2004 por la Delegación de Obras Públicas se requiere al Ayuntamiento para que aporten la declaración de impacto ambiental así como todos los informes sectoriales preceptivos para completar el expediente. Se advierte que “hasta que no obra incorporados al mismo no se considera iniciado el plazo para la adopción de un pronunciamiento por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo”. (Folio 56 el expediente). El 23 de noviembre 2004, y después de muchos trámites y actuaciones tendentes a completar el expediente, se remite a la Delegación Provincial de Obras Públicas y a la Delegación de Medio Ambiente, Memoria Informativa y Justificativa de la normativa urbanística y planimetría debidamente licenciada y corregida, con solicitud de continuación del Expediente Administrativo y Soporte Informático del Plan. Más adelante, el 10 de diciembre del mismo año, se remiten a la Delegación nuevo informe donde se incorporan las alegaciones presentadas y el error detectado en el texto normativo.

El 4 de enero de 2005 la Delegación Provincial comunica al Ayuntamiento que el nuevo documento remitido tiene cambios sustanciales que afectan a la ordenación estructural por lo que deberá ser objeto de nuevo informe de los órganos y entidades administrativas afectados, entre ellos, Confederación Hidrográfica del Sur. Asimismo deben ser sometidos a un nuevo procedimiento de evaluación de impacto ambiental debiendo aportarse la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental. También se recuerda que las nuevas modificaciones no aparecen aprobadas por acuerdo que Pleno, y por eso la misma exige que se mande (folio 179). Con la misma fecha el Delegado Provincial vuelve a requerir para que se subsanen las deficiencias, afirma que el expediente no está completo y, en consecuencia, queda interrumpido el plazo para la adopción de acuerdo por el órgano autonómico. (Folio 180) este requerimiento tiene sello de entrada en el registro del Ayuntamiento el día 4 de enero de 2005.

Existen diversas actuaciones del ayuntamiento para completar el expediente, nuevos requerimientos de la administración autonómica afirmando que

no se encuentra completo, y en fecha 17 de mayo 2005 la Delegación de Obras Públicas emite informe afirmando que debe elaborarse un texto refundido que incorpore las determinaciones de la declaración de impacto ambiental y, como el expediente sigue no está completo, no se inicia el cómputo del plazo para la adopción del acuerdo por el órgano autonómico (folio 218 del expediente administrativo). Vuelve a insistir la Delegación en que no corre el plazo para resolver pues el expediente no está completo. Faltando los informes de los organismos públicos afectados por las modificaciones introducidas y la adecuación del expediente a las determinaciones de la última Declaración de Impacto Ambiental.

El día 19 de abril de 2006 la Delegación Provincial afirma que los requerimientos no se han cumplimentado y que todavía se encuentran a la espera de que se cumpla el requerimiento hecho en fecha 16 de mayo de 2005.

En fecha 9 de octubre 2006 el Ayuntamiento solicita una nueva Declaración de Impacto Ambiental. La Delegación Provincial de Medio Ambiente afirma que la documentación recibida no se ajusta a la Declaración de Impacto Ambiental en relación a la no viabilidad ambiental de determinados sectores.

El día 7 de febrero de 2007 se remite a la Delegación Provincial de Obras Públicas el acuerdo del Pleno de 29 de diciembre 2006 en el que se solicita la tramitación y adopción de cualesquiera de las decisiones que faculta al artículo 33. 2 de la LOUA en relación a la aprobación definitiva del Plan.

El 28 de marzo del mismo año la Delegación Provincial comunica al Ayuntamiento que no puede elevar el expediente al órgano autonómico a decisión porque siguen sin subsanarse las deficiencias anteriormente expuestas de manifiesto y, otra vez, advierte de la caducidad del expediente (folio 243).

El 9 de octubre de 2007 el Ayuntamiento en Pleno declara aprobado por silencio administrativo el Plan General, ordena el depósito de la documentación y también la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga. De lo anteriormente expuesto se desprende que el Ayuntamiento remitió un expediente en fecha 7 de febrero de 2007 sin que se hubieran cumplido los requerimientos hechos por el órgano autonómico los días 15 de mayo de 2004, 4 de enero de 2005, 17 de mayo de 2005 y 19 de abril de 2006. En los dos últimos se afirmaba que el plazo para aprobar definitivamente el procedimiento estaba interrumpido.

El Ayuntamiento demandado, ni en sede administrativa, ni en sede jurisdiccional cuestiona o pone en duda este hecho, que el expediente estaba incompleto según los propios requerimientos autonómicos anteriores.

Por tanto la conclusión es que el Ayuntamiento no cumplió su obligación legal de remitir el expediente completo.

c) Examen del cumplimiento de sus obligaciones por parte de las Administraciones implicadas en el caso de autos: necesidad de que se interrumpa el plazo para que opere silencio positivo por requerimiento de órgano autonómico efectuado dentro del primer mes del plazo de cinco meses.

Frente al incumplimiento de los requisitos legales que afecta a la fase de

elaboración municipal del planeamiento, a los que el Ayuntamiento está vinculado por las leyes que regulan el ejercicio de su intervención en esta postestad de planificación, se opone por parte de la Administración demandada que debe estarse tan sólo a la automaticidad del cómputo de plazos y al cumplimiento riguroso de los mismos. Y, en concreto, afirma que no reaccionando la Administración en el primer mes del plazo que empezó a correr el 7 de febrero de 2007, debe estarse a la ficción jurídica que supone la resolución presunta aprobatoria del planeamiento remitido.

Ya hemos dicho con anterioridad que el silencio administrativo positivo es una resolución presunta. Que esta resolución puede, en algunos casos, llevar aparejada una posible contravención del ordenamiento jurídico y que, en este caso, lo procedente será atacarla por los medios de ordenamiento ofrece, bien mediante su revisión bien mediante su impugnación. Pero antes de que llegue a producirse esta resolución presunta, que en su caso deba ser revisada, debemos planteamos si se han cumplido todos los requisitos que las leyes de procedimiento y sustantivas establecen para que se produzca esta resolución presunta. Y en el caso de la LOUA, con los antecedentes ya vistos en el Reglamento de Planeamiento, el silencio se podrá producir de forma automática si el expediente se remite completo, que es la premisa básica esencial para que se produzca esta resolución, bien expresa, bien presunta.

El requisito del requerimiento de subsanación de deficiencias en la LOUA debe interpretarse como una advertencia que la Administración autonómica puede hacer respecto del cumplimiento de la obligación local de realizar su función correctamente. A esto se refiere la ley cuando afirma que el expediente debe estar completo. También dice la LOUA que se podrá hacer sólo por una vez. En el caso presente se hizo cuatro veces antes de febrero de 2007. En definitiva lo que se pretende en el artículo 32.4 de la LOUA es que la Administración municipal, cuya posición es esencial en la fase de elaboración del planeamiento, cumpla todas las obligaciones que las leyes, tanto urbanísticas como sectoriales, imponen en esta fase primera de elaboración del planeamiento. Que la Administración Autonómica, que ejerce competencias propias también en materia de planeamiento y de forma compartida con la Administración local, respetando el margen de actuación propio de la autonomía local en la materia, colabore a la mejor elaboración del planeamiento. Evitando posteriores impugnaciones por vicios de procedimiento que puedan hacerlo fracasar. Por eso requiere, por una sola vez, de deficiencias. Es decir, existiendo deficiencias, puestas de manifiesto por la Administración autonómica, no corre el plazo para entender aprobado por silencio el Plan remitido. Existiendo cuatro requerimientos de deficiencias y una amenaza de caducidad del procedimiento por paralización imputable a la Administración local, no parece muy razonable que se afirme por parte del Ayuntamiento demandado que la Administración autonómica no ha producido el requerimiento que evita la aprobación de silencio.

En definitiva, que la seguridad jurídica que parece estar detrás de la postura del Ayuntamiento demandado cuando afirma que el oficio de marzo de

2007 es extemporáneo porque no puede funcionar como requerimiento de subsanación a los efectos de diferir cómputo del plazo, no pueda actuar como cobertura formal jurídica que ampare un incumplimiento y, si se apura, una actuación extraña por parte del Ayuntamiento demandado que, consciente y aceptando que el expediente no está completo, fuerza otra vez la aprobación del mismo y razona, solo en clave formal, y no en clave material, sobre los requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que se produzca el silencio positivo.

En definitiva, la Administración autonómica cumplió su obligación de requerir por una sola vez, lo hizo tres veces más innecesariamente, para que el expediente de planeamiento estuviera completo. El Ayuntamiento consintió todos los requerimientos y actuó para cumplirlos, luego era consciente de que el expediente no estaba completo. Sin embargo después decide cambiar de criterio, y sin motivo o justificación alguna, vuelve a remitir un expediente incompleto y ante la conducta de la Administración que le recuerda que todavía no ha cumplido los anteriores requerimientos y, por tanto, no está corriendo el plazo para aprobar el expediente originario, mantiene su postura y acabar declarando aprobado por silencio el Plan.

Podemos concluir afirmando que la Administración Autonómica cumplió en su momento, en forma la emisión del requerimiento de subsanar, y desde siempre cumplió su obligación de instar al Ayuntamiento a que completara el expediente que debía elaborar.

Así las cosas no podemos entender que se ha producido la automaticidad fría del silencio administrativo positivo porque falla la premisa mayor para que se produzca, al menos desde el punto de vista formal, que el expediente remitido este completo. Estando cumplida, en forma y sobre todo en fondo, la obligación autonómica de exigir que dicho expediente llegue completo a la fase de aprobación definitiva.

La conclusión por tanto es que no existe en este caso silencio administrativo positivo que ampare la declaración de que el Plan se encuentra aprobado. Declarada la inexistencia del silencio veamos si el Ayuntamiento pudo legalmente acordar lo que es objeto de impugnación en estos autos.

EL ÓRGANO COMPETENTE PARA APROBAR EL PLAN POR SILENCIO. Ya dijimos que la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbanística corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo (art. 31. 2 apartado B de la LOUA).

La resolución por silencio es una resolución presunta del órgano que tiene la competencia para dictar la expresa. Porque precisamente la Ley 4/99 la identifica con la expresa. La resolución presunta es verdadera resolución y sólo puede existir válidamente en Derecho si se atribuye al órgano que tiene la competencia atribuida para hacerlo. Así se desprende del artículo 53 de la Ley 30/1992 respecto de los requisitos de producción de la actuación administrativa.

En el caso presente sólo la Administración Autonómica, y dentro de ella el ór-

gano que tiene atribuida competencia, pueda hacer un pronunciamiento solemne declarativo de existencia de silencio positivo. En su defecto, que será la normalidad de los casos, la declaración de que existe solemnemente una resolución presunta podrá hacerla un tribunal de justicia cuando tenga que pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de silencio positivo. Fuera de estos casos un tercero, sin competencia legalmente atribuidas para ello, no puede hacer una declaración solemne de producción de un acto administrativo. En el caso presente el Ayuntamiento no es competente, porque no tiene ninguna protestad conferida legalmente, para declarar que se ha producido la aprobación por silencio de un Plan cuya competencia para hacerlo de forma expresa no le corresponde, y cuya producción por efectos de silencio, precisamente desde la Ley 4/1999 como hemos visto con la asimilación entre resolución expresa y resolución presunta, también viene atribuida a órgano administrativo autonómico.

El resultado será que en este punto estamos ante un supuesto de nulidad radical del acuerdo por incurrir en la causa contemplada en el artículo 61. 1. b) de la Ley 30/1992.

Pero también la nulidad radical alcanza a la parte del acuerdo donde se ordenó la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

En efecto, el artículo 41. 1 de lo LOUA afirma que los acuerdos de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento que correspondan a la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el contenido del articulado de sus normas, se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía por disposición del órgano que los haya adoptado. Respecto a los instrumentos de planeamiento cuya aprobación correspondan los municipios, es de aplicación lo establecido en la legislación de Régimen local.

En el caso presente el Ayuntamiento ordenó la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, como si la aprobación definitiva del Plan fuera competencia propia.

Lo cual demuestra la gran confusión existente en el acuerdo, cuando, por una parte, declara definitivamente aprobado un Plan General de Ordenación urbanística, para lo cual no tiene competencia como hemos visto, y sin embargo ordena la publicación tan sólo en el Boletín Oficial de la Provincia. Lo coherente, desde su óptica, hubiera sido ordenar la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Al ordenar la publicación tan sólo en el Boletín Oficial de la Provincia, como si fuera la publicación de un instrumento de planeamiento urbanístico que puede aprobar el Ayuntamiento, está reconociendo, de una forma indirecta, que no tiene competencia para declarar que existe una resolución presunta. Lo razonable hubiera sido solicitar a órgano autonómico que ordenara la publicación en el Boletín Oficial Autonómico de lo ya aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento y que ha resultado aprobado definitivamente por silencio.

Pero no puede hurtar al órgano autonómico su competencia respecto de la publicación de la norma. Porque para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que

corresponda, según nos recuerda el artículo 52. 1 de la Ley 30/1992.

Por tanto si la aprobación definitiva corresponde al órgano autonómico, sólo él es competente para ordenar la publicación en el Diario Oficial, también autonómico, de lo aprobado definitivamente. La publicación en el diario Oficial no correspondiente no hace eficaz la disposición publicada. Por lo tanto la conducta municipal, además de ilegal y nula por falta de competencia, produce una confusión añadida ya que pretende dar eficacia a una disposición que no se ha publicado válidamente.

También debemos anular, aunque ya sea innecesario porque se encuentra anulado por falta de competencia, el punto del acuerdo del Pleno que ordena la publicación.

De todos los razonamientos anteriores ya resulta claro que la Administración Autonómica ha ejercido su derecho a la acción impugnatoria para depurar el ordenamiento jurídico, conculcado por el Ayuntamiento demandado, respecto de las competencias urbanísticas propias de la Administración andaluza. Concretadas éstas en la aprobación definitiva del Plan y en la publicación del mismo. También ha resultado acreditada la nulidad del acuerdo impugnado por la concurrencia de la causa de nulidad de falta de competencia del órgano que declara la existencia de la resolución aprobatoria del Plan y que ordena la publicación como si fuera una competencia propia, tanto la de aprobar como la de ordenar la publicación.

Por lo tanto debemos estimar el recurso por concurrir la causa de nulidad de falta de competencia para adoptar el acuerdo impugnado en el sentido de declarar la existencia de una resolución aprobatoria de un Plan y ordenar su publicación.

No siendo necesaria ya estudiar la posible nulidad por falta de trámite esencial cual es la adecuación de lo actuado a un nuevo informe impacto ambiental.

El recurso, por tanto, debe ser estimado, sin que, a pesar de todo, se aprecien méritos suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para considerar precedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

(St. de 1 de diciembre de 2008. Sla de Málaga. Ponente Joaquín García Bernaldo de Quirós. Pese a su extensión se transcribe completa dado el interesante acopio de jurisprudencia que contiene).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Disciplina Urbanística. Marbella. Nulidad de licencia de viviendas en suelo comercial. Imposibilidad de subsanación por planes posteriores ni por convenios urbanísticos. Naturaleza de los convenios urbanísticos.

Mediante el presente recurso la Administración autonómica cuestiona la legalidad del acuerdo de 29 de agosto de 2001, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella, por el que se otorgó licencia de obras en relación con el proyecto básico de construcción de 42 viviendas en la URP-AL-4, Playa de las Dunas, Urbanización Lunamar, de aquella localidad (expediente 222/2000), alegándose en ese sentido el desconocimiento por dicho acuerdo de la calificación como “comercial CO-2”, asignada a dicho suelo por el Plan General de Ordenación Urbana de Marbella de 1986 (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 28 de noviembre de 2000), incompatible con el uso residencial previsto en el proyecto, con el consiguiente aumento del aprovechamiento urbanístico, argumentación que la Corporación demandada admite con su allanamiento y que la codemandada tampoco cuestiona, limitándose a alegar la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo así como, ya en el trámite de conclusiones, el hecho de la aprobación inicial con fecha de 19 de julio de 2007, del documento de revisión del Plan General de la ciudad, que, según se dice, regularizará la situación urbanística de la promoción.

Sobre todo ello, la Sala debe rechazar de entrada aquella objeción de procedibilidad, fundada en la superación del plazo de dos meses previsto por el artículo 46 de la Ley Jurisdiccional, que a pesar de lo señalado en la demanda, no se habría producido en el caso si se tiene en cuenta que la notificación del acuerdo impugnado se produjo el día 17 de diciembre de 2001 y la interposición del recurso el 18 de febrero siguiente.

Es verdad que, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 9 de marzo de 1988, “...el cómputo del plazo de fecha a fecha se inicia al día siguiente de la notificación o publicación y concluye el día correlativo al de la notificación o publicación, es decir, que si un mes comienza a contarse en determinada fecha, en la misma del mes siguiente comenzará un nuevo mes, o sea, que el último día del plazo es el inmediatamente anterior, o lo que es igual, que la fecha final viene referida al día en que se produjo la notificación o publicación del acto o disposición...”, de modo que en el presente caso, aun cuando el cómputo del plazo se iniciara el día 18 de diciembre, su agotamiento se habría producido el 17 del mes de febrero siguiente.

Con todo, esta conclusión viene impedida por el carácter feriado de ese día 17 de febrero de 2001, que era domingo, lo que, según el artículo 185.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, trasladaba al siguiente hábil el último día del cómputo. Es más, de no ser así el escrito de interposición habría que entenderlo presentado en plazo de acuerdo con el artículo 135 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación en este orden jurisdiccional (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002 -casación para unificación de doctrina 10 1/2002- Y de 29 de septiembre de 2005 -casación para unificación de doctrina 220/2004-) Y que autoriza la presentación de cualquier escrito hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo y, más concretamente, del que

ahora se trata, según tiene acordado nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 64/2005, de 14 de marzo, y 130/2007, de 4 de junio, así como el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 17 de julio de 2007 (casación 47371/2004) o de 27 de junio de 2008 (casación 4235/2004).

Por ello, la causa de inadmisibilidad opuesta debe ser rechazada.

Por su parte, las razones en las que se fundamenta el recurso han sido ya objeto de tratamiento en anteriores ocasiones por esta Sala con respuesta que, dada la coincidencia de circunstancias que rodean la resolución del presente asunto, que no difieren esencialmente de las concurrentes sobre aquellos otros supuestos, no va a ser alterada ahora.

En este caso la Administración autonómica basa la ilegalidad de la licencia otorgada en los propios términos de los informes del Servicio Técnico de Obras y Urbanismo de la Corporación demandada (folios 48 y 56 del expediente administrativo), en los que se afirma que "...según el PGOU de 1986 (...) los terrenos pertenecen al sector de Suelo Urbanizable Programado URP-AL-4 "Playa de las Dunas", que cuenta con PPO aprobado y están calificados de Comercial CO-2..., añadiendo que "...por lo tanto, el proyecto presentado para la construcción de 4 edificios de viviendas plurifamiliares no se ajusta a la ordenación del planeamiento general..." (informe de 13 de octubre de 2000).

Ésta era además la ordenación urbanística que la actora considera vigente por no haberse aprobado definitivamente la revisión, entonces en tramitación, del Plan General del Término Municipal de Marbella, en el momento del otorgamiento de la licencia, lo que, según se ha adelantado, la Corporación demandada ha asumido con su allanamiento y la codemandada tampoco ha contradicho.

Pues bien, como viene haciendo la Sala, la respuesta a la cuestionada legalidad de la licencia otorgada ha de alcanzarse a tenor de su naturaleza esencialmente reglada, como técnica de intervención administrativa basada en el control de los actos de edificación y otros usos, para garantizar su adecuación o sometimiento a la legalidad y planeamiento urbanístico. Según ha precisado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de abril de 1993, "...las licencias urbanísticas constituyen un acto debido en cuanto que necesariamente deben otorgarse o denegarse según que la adecuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable. Va de suyo que la ordenación ha de estar vigente lo que dada la naturaleza normativa de los Planes exige no sólo que haya culminado su tramitación a través de la aprobación definitiva, sino que se haya producido su publicación, artículos 9.3 CE; 45 Y 46 Texto Refundido de la Ley del Suelo y hoy muy especialmente el artículo 70.2 de la LRBR de 7-4-85".

Con esta premisa, será cuestión de tratar de hallar la cobertura normativa de la licencia en cuestión, que, sin embargo, frente a lo que en otras ocasiones análogas se ha argumentado por la demandada, no se encuentra en las previsiones urbanísticas de aquel expediente de revisión del Plan, que había sido objeto de aprobación provisional por el Ayuntamiento Pleno en

fecha 20 de mayo de 1995 y que no fue aprobado definitivamente por la resolución de resolución de 20 de julio de 1998 de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga, ni tan siquiera en las determinaciones relacionadas con terrenos como los de la parcela en cuestión, que aun cuando no hubiesen sido rechazadas por aquel órgano, si fueron suspendidas hasta la aprobación definitiva del texto en su integridad, por entenderse sin duda necesario aquel examen global de la ordenación de la ciudad antes de hacer efectivas tales previsiones particulares.

Además, según se dijo en la Sentencia de 11 de octubre de 2004 (recurso 269/1999), no se opone a ello el invocado *ius variandi*, que desde luego "...no permite quebrantar la legalidad en cuanto a los requisitos establecidos para la vigencia de los planes de urbanismo y menos adelantar los efectos derivados de la aprobación de un plan a actos realizados con anterioridad a la misma..."

En este mismo orden de ideas, es claro que la conclusión anterior no viene impedida por el hecho de no haberse decretado por el Auto de 10 de septiembre de 1998, dictado en el recurso contencioso-administrativo número 3069/98, interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella de fecha 7 de agosto de 1998, la suspensión del punto quinto de dicho acuerdo, por el que se ratificaban las licencias urbanísticas otorgadas al amparo de la revisión del PGOU, acuerdo que por recaer en una pieza de medidas cautelares, se adoptó sin prejuzgar la legalidad de las actuaciones impugnadas y, por tanto, "...sin perjuicio de su impugnación posterior por quien proceda...", esto es, dejando a salvo la posible impugnación de las licencias en otros procedimientos seguidos *ad hoc*. Ni que decir tiene que tampoco aquel Acuerdo de 7 de agosto de 1998, declarado nulo por la Sentencia de 8 de noviembre de 2004, puede dar cobertura a la licencia que ahora se trata.

Idéntico rechazo merecería la contemplación del proyecto en las estipulaciones de unos y otros convenios urbanísticos, figura esta que, como expresaba el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de marzo de 1997, aun cuando tenga por finalidad la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él. El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios. Es verdad, que como también se dijo en la sentencia expresada, la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situa-

ción futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas. El Convenio de planeamiento no es otra cosa que un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan.

De esta forma, como dijo la Sala en su Sentencia de 27 de febrero de 2004 (recurso 262/1999), "...la existencia de un convenio, que por los datos que tienen la Sala a la luz del proceso es un convenio de planeamiento y no de gestión, no puede dar cobertura directa e inmediata a la licencia si lo convenido no se incorpora al ordenamiento jurídico como norma. Y ello por una esencial razón de carácter material. El convenio no expresa ni manifiesta la misma satisfacción del interés general de la comunidad que una norma de planeamiento por una vital diferencia. El convenio no tiene el control de la información pública y trámite de alegaciones que tiene la elaboración de un Plan. El Plan tiene una legitimación democrática, mediata como cualquier norma de carácter reglamentario nacida de una Administración Pública democrática, pero también tiene una legitimación democrática inmediata por someterse al trámite de información pública. Trámite que garantiza que la comunidad, afectada por la norma que regula su urbanismo, manifiesta su opinión sobre el diseño de ciudad. Un convenio que no se transforma en Plan carece de la eficacia normativa para sustituir al Plan de cara a la concesión de una licencia".

En definitiva, el acto administrativo ha acudido, incluso de manera velada, a través de informes previos no demasiado explícitos, a una justificación jurídica inexistente o espuria y, por lo tanto, inadmisibles desde la perspectiva que impone el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), lo que, como la Sala también ha dicho (por ejemplo en su Sentencia de 15 de abril de 2004; recurso 263/1999), sólo puede significar que "...no ha existido un control de la legalidad urbanística respecto de la petición realizada, puesto que la Administración entre dos planes ineficaces escoge uno que es tan ineficaz como el otro, rechazando el que al menos se encuentra aprobado, y es conocido por el Ayuntamiento". En último extremo, se alega por la codemandada que con el proceso de revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella iniciado en el año 2007 quedará legalizada la situación de la urbanización, invocando para ello la existencia de algún supuesto en el que con esa misma ocasión (aunque en un municipio distinto) se ha negado la revisión de oficio de licencias.

Sin embargo, y de acuerdo con lo dicho en relación con la naturaleza reglada de la potestad que se trata y su necesario sometimiento al régimen urbanístico vigente en el momento en que se otorgó, las conclusiones expuestas no quedan alteradas por la existencia de aquel proceso de revisión, cuyo eventual resultado definitivo en modo alguno cuestiona la realidad de las irregularidades padecidas por la actuación administrativa impugnada mediante el presente recurso, de obligada declaración por la Sala de acuerdo con el principio de la perpetuo iudicium, que consolida la res-

puesta que debe ofrecerse a la pretensión de las partes frente las alteraciones jurídicas o fácticas que puedan acaecer al margen del proceso judicial. Además, el fundamento de esa obligada respuesta, sustentada en último extremo por el derecho a la tutela judicial de los intereses y derechos legítimos (artículo 24 CE), que obliga a dar satisfacción efectiva a las pretensiones que el ordenamiento confiere a los ciudadanos (y en este caso a una Administración pública) con sustento en acciones legítimamente reconocidas, resulta ajeno al que justifica y da soporte a la potestad administrativa de revisión de oficio, que como remedio extraordinario para la eliminación de los actos administrativos del mundo jurídico, se configura de manera ciertamente restringida, con su limitación, por ejemplo, a los actos nulos de pleno derecho y su sometimiento para el resto a la exigencia de la previa declaración de lesividad y a la ulterior impugnación jurisdiccional, quedando subordinada en todo caso a los límites fijados hoy por el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que excluye su ejercicio cuando por prescripciones de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Por ello, si en algún caso, como el examinado por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 54312006, de 15 de noviembre, invocado por la codemandada, se ha considerado improcedente la revisión de oficio de actuaciones urbanísticas ilegales por la pendencia de un procedimiento de innovación urbanística que pudiera legitimarlas, esta conclusión no puede extenderse a supuestos como el que ahora se trata, en el que no se dilucida el legítimo ejercicio de aquella potestad administrativa revisora sino la pretensión jurisdiccional relacionada con la legalidad de actuaciones administrativas ejercitada por los cauces ordinariamente establecidos.

En consecuencia, de acuerdo con todo ello, el recurso debe ser íntegramente estimado, con declaración de nulidad del acuerdo impugnado, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que se estime procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

(St. de 30 de enero de 2009. Sala de Málaga. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez. Se transcribe completa)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Vigencia de los Planes Generales en período transitorio de aplicación de la LOUA. Relación de Plan General y Plan Especial. Juego del principio de jerarquía y del principio de especialidad. Artículo 17 LOUA.

Mediante el presente recurso la Administración de la Junta de Andalucía pretende obtener la declaración de nulidad del Acuerdo de 26 de julio de 2007, del Pleno del Ayuntamiento de Málaga, de aprobación definitiva del Plan Especial de Reforma Interior del ámbito de suelo urbano PERI LO-4, “San Fermín”, del Plan General de Ordenación Urbana de esta capital, para lo que considera vulnerado lo establecido por el artículo 17.1.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y, concretamente, las previsiones de dicho precepto sobre dotaciones mínimas de parques y jardines, equipamientos y aparcamientos, sobre el suelo urbano no consolidado.

Frente a todo ello las demandadas oponen la inaplicabilidad al supuesto de esta norma, y ello, de un lado, por considerar que aquella Ley 7/2002 no resulta de aplicación al caso, por desarrollar el Plan impugnado las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana y tener éste su aprobación con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. De todas formas, y de otro lado, la aplicación del citado precepto quedaría excepcionada en el caso de acuerdo con lo establecido por su propio apartado 2, que así lo autoriza para la ordenación de concretos sectores de suelo urbano no consolidado cuando las dimensiones de éstos o su grado de ocupación por la edificación hagan inviable su cumplimiento o éste resulte incompatible con una ordenación coherente.

Con todo, como cuestión previa, las partes argumentan en uno y otro sentido en relación con los efectos que deben reconocerse a la emisión tardía del informe que la Administración autonómica formuló de acuerdo con lo establecido por el artículo 31.2.c) de la Ley 7/2002, según el cual “... corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo (...) la evacuación de informe previo preceptivo en innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes Parciales de Ordenación, Especiales y Catálogos, cuando la aprobación definitiva sea de competencia municipal ...”, añadiendo que “... este informe se emitirá en el plazo de un mes desde la aportación del expediente completo...”. A este mismo extremo se refiere el artículo 14.2.b) del Decreto 220/2006, de 19 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, que atribuye su emisión a los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

En este caso, el Servicio de Urbanismo de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía remitió un primer informe fechado el día 20 de abril de 2007 (folios 178 y 179 del expediente), que además de no provenir del titular de la Delegación Provincial, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Málaga el día 30 siguiente (folio 175 del expediente), una vez transcurrido, pues, aquel plazo de un mes computado desde la recepción de la solicitud, que se produjo el día 21 de marzo de 2007 (folio 172 del expediente). Con fecha de 16 de mayo del mismo año se solicitó un segundo informe, con entrada en el registro de la

demandada el día 18 de mayo siguiente (folio 185), que no fue contestado sino hasta el día 16 de agosto de ese año, con registro del día 24 de agosto (folio 262 del expediente), una vez agotado también el meritado plazo e, incluso, tras la aprobación definitiva del instrumento examinado.

Pues bien, si para la Corporación demandada, según se expresa el Informe de su Gerencia de Urbanismo, Obras e Infraestructuras de 19 de septiembre de 2007 (folios 280 y siguientes), las expresadas circunstancias convierten en favorable el sentido de la voluntad autonómica al respecto, la actora las entiende irrelevantes a estos efectos por no impedir el juicio de legalidad del Plan aprobado, afirmando incluso que al tratarse el mencionado de un informe determinante para la resolución del procedimiento, la Corporación demandada debió esperar su emisión antes de emitir la actuación impugnada.

Pues bien, partiendo de su carácter preceptivo, que las partes no cuestionan, sobre todo ello debe descartarse de entrada que dicho informe sea de aquellos a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como “... determinantes para la resolución del procedimiento ...”, concepto que sin duda comprende los que por una u otra razón son necesarios para la emisión de la resolución administrativa, que no podría pronunciarse sin los datos o informaciones que incorpora el dictamen, lo que, como es natural, no ocurre en el supuesto examinado, en el que la Corporación demandada pudo aprobar definitivamente el instrumento en cuestión aun sin contar con la opinión de la actora.

En particular, por contra a lo argumentado por la recurrente, no resulta aplicable al caso el artículo 24 del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, determinándose los órganos a los que se atribuyen, precepto que además de haber sido derogado con bastante antelación a las actuaciones de cuya legalidad se trata (concretamente, por el Decreto 193/2003, de 1 de julio, derogado también por el citado Decreto 220/2006), se refería, en lo que ahora importa, a modificaciones del planteamiento que implicaran una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres (fijando para la emisión del informe un plazo de tres meses y el sentido desfavorable de su omisión), categoría en la que no puede encajarse el supuesto que ahora se examina, en el que, aun cuando pueda discutirse la correcta aplicación de las normas que regulan aquellas zonas o espacios, en modo alguno aparece aquella cualificada modificación respecto del tratamiento ofrecido en instrumentos anteriores.

Por tanto y en definitiva, transcurrido el plazo para la emisión del informe sin su recepción por la demandada, ésta, según establece aquel mismo artículo 83.3 de la Ley 30/1992, pudo proseguir las actuaciones, sin que aquella omisión revele la voluntad favorable de la Administración autonómica respecto de la aprobación del instrumento ni, por tanto, a falta de toda previsión legislativa que otra cosa establezca, le impida cuestionarlo en esta se-

de judicial. Al mismo tiempo, de la aprobación del instrumento examinado sin el citado informe tampoco se extrae irregularidad alguna que pueda afectar al acuerdo impugnado.

La resolución de aquella otra cuestión principal ha de partir de lo establecido al respecto por el citado artículo 17.1.2 de la Ley 712002, según el cual en sectores de suelo urbano no consolidado (así como en el suelo urbanizable), el Plan General de Ordenación Urbanística o el Plan Parcial de Ordenación y, en su caso, los Planes Especiales, deberán cumplir las reglas sustantivas y los estándares de ordenación siguientes:

1ª La densidad y, en su caso, edificabilidad serán adecuadas y acordes con el modelo adoptado de ordenación, general y por sectores, y, por tanto, proporcionadas a la caracterización del municipio en los términos del artículo 8.2 de esta Ley y ajustadas al carácter del sector por su uso característico residencial, industrial, terciario o turístico. Cuando se refiera al uso característico residencial la densidad no podrá ser superior a 75 viviendas por hectárea y la edificabilidad a un metro cuadrado de techo por metro cuadrado de suelo.

Este último parámetro será, asimismo, de aplicación a los usos industriales y terciarios. Cuando el uso característico sea el turístico no se superará la edificabilidad de 0,3 metros cuadrados de techo por metro cuadrado de suelo.

2ª Las reservas para dotaciones, tales como parques y jardines, centros docentes, sanitarios o asistenciales, equipamiento deportivo, comercial, cultural o social, y aparcamientos, deberán localizarse de forma congruente con los criterios establecidos en el apartado E) del artículo 9 y establecerse con características y proporciones adecuadas a las necesidades colectivas del sector. Asimismo, deben cumplir como mínimo los siguientes estándares:

a) En suelo con uso característico residencial, entre 30 y 55 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados de techo edificable con uso residencial, de los que entre 18 y 21 metros cuadrados de suelo, y nunca menos del diez por ciento de la superficie del sector, deberán destinarse a parques y jardines, y además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

b) En suelo con uso característico industrial o terciario, entre el catorce y el veinte por ciento de la superficie del sector, debiendo destinarse como mínimo el diez por ciento a parques y jardines; además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

c) En suelo con uso característico turístico, entre el veinticinco y el treinta por ciento de la superficie del sector, debiendo destinarse como mínimo el veinte por ciento del sector a parques y jardines, y además, entre 1 y 1,5 plazas de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

En este caso, la Administración autonómica considera vulnerado este precepto al no haberse respetado las dotaciones mínimas para parques y jardines, equipamiento y aparcamientos, en él previstas, todo ello según se indica en los citados informes de 20 de abril y 16 de agosto de 2007 .

Ahora bien, de acuerdo con lo argumentado por las demandadas, dos razones impedirían alcanzar aquella conclusión, la primera de ellas impuesta por ámbito de aplicación temporal de aquella norma, de acuerdo con las disposiciones transitorias de la propia Ley 7/2002 Y con la conexión que muestra el Plan Especial examinado con el Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad, aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.

Así se extrae, en efecto de su propia disposición transitoria 2.a, que para los planes e instrumentos existentes a su entrada en vigor, establece que conservarán su vigencia hasta su revisión o su total cumplimiento, lo que así habría de reconocerse en principio respecto del citado Plan General de Ordenación Urbana y, por lo tanto, resultaría obligado reconocer también respecto de aquellos otros aprobados en su desarrollo en la medida en que se encuentren subordinados a sus determinaciones, lo que, como es sabido, es regla general en virtud del principio de jerarquía de los planes.

Esto es, en definitiva, lo que entendía la Instrucción 1/2003, de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo (Sección 2.ª del Capítulo 2.º), en la que tras afirmar que “... hasta que los Planes General sean revisados o plenamente adaptados a la nueva Ley, puede suceder que las determinaciones que se contengan en el planeamiento general para estos sectores o áreas sean incompatibles con las disposiciones establecidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, especialmente en su artículo 17 ...”, establece como regla para tal caso que “...las determinaciones contenidas en los Planes Generales vigentes deben prevalecer sobre las de la Ley cuando las que establece el planeamiento general en vigor sean definitivas del aprovechamiento o condicionen su materialización en el correspondiente área o sector ...”, añadiendo asimismo que “... cuando el Plan General contenga determinaciones concretas de ordenación de las correspondientes áreas, éstas, caso de no poder armonizarse con las de la Ley, deben ser tenidas en cuenta, prevaleciendo sobre los estándares del artículo 17 de la Ley ...”.

Es preciso reconocer, no obstante que en lo que respecta a los Planes Especiales esta sumisión al Plan General no es absoluta, pues como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1995 “... el Plan Especial no sólo desarrolla los Planes Generales en cuanto a sus determinaciones, sino las suyas propias en atención a los fines que le encomienda el ordenamiento jurídico. así lo ha venido afirmando la jurisprudencia, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de uno de septiembre de 1993, 23 de noviembre y dos de enero de 1992. Los límites que el planeamiento especial no puede traspasar son los siguientes: no puede sustituir a los planes territoriales, a los planes generales ni a las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, por lo que no pueden clasificar suelo. Pero, en la medida en que respeten estos límites podrán establecer modificaciones contrarias a la del Planeamiento General cuando ellos sea necesario para la adecuada con-

secución de sus fines. Por ello, la jurisprudencia considera ilegales aquellas Planes Especiales que clasifican suelo y que modifican los sistemas de comunicación establecidos en el Planeamiento General (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1992 y 23 de noviembre de 1992, ya 1 de septiembre de 1993) ...”.

Más recientemente, en su Sentencia de 5 de marzo de 2008 (casación 1245/2004) el Alto Tribunal ha insistido en que la sujeción al principio de jerarquía “... entre los Planes Especiales y los Planes Generales (en el presente supuesto Normas Subsidiarias) se ha visto notablemente modulada y moderada por el principio de especialidad tal y como con reiteración viene recogiendo la jurisprudencia. Efectivamente, tanto el artículo 76.6 del Reglamento de Planeamiento urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU), como en el presente caso el artículo 26.5 de la citada Ley gallega 1/1997, de 24 de marzo, establecen que en ningún caso los Planes Especiales podrán sustituir a los Planes Generales ni a las Normas Subsidiarias en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, por lo que no podrán clasificar suelo, sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecerse en los Planes Especiales. Los Planes Especiales no pueden clasificar suelo, es decir, determinar la consideración de éste como urbano, urbanizable o no urbanizable. Cuestión distinta en la que existe un margen mayor de apreciación es la relativa a la determinación de los usos, en los que el principio de especialidad permite márgenes de actuación variables en función de los objetivos perseguidos por el Plan Especial sectorial de que se trate, con la limitación de la clasificación del suelo y la prohibición de sustitución del PGOU como instrumento de ordenación integral del territorio ...”.

Todo ello, en fin, ha quedado sustancialmente recogido en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 2002, cuyo artículo 14 establece que los Planes Especiales desarrollan y complementan las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbanística, pudiendo modificar las pertenecientes a su ordenación pormenorizada potestativa (apartado 4), prohibiendo que los Planes Especiales puedan en ningún caso sustituir a los Planes de Ordenación del Territorio ni a los Planes Generales de Ordenación Urbanística en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecer (apartado 5).

En el presente caso será preciso pues determinar en qué medida el Plan Especial que se examina se limitaba a desarrollar el planeamiento general o si, por el contrario, los específicos fines que se le asignaban permitían desviaciones respecto de las genéricas previsiones de aquel otro planeamiento. En el primer supuesto habrá que entender que, en realidad, de lo que se trataba era de hacer efectivas las determinaciones de un instrumento de planeamiento, el General de Ordenación Urbana, que ya había sido aprobado con anterioridad a la Ley 7/2002 y al que, por lo tanto, según la disposición transitoria 2.a, no serían aplicables sus determinaciones. Por el contrario, si el Plan Especial se ha separado de las previsiones del General o, incluso, si

en lo que respecta a las vulneraciones que se le imputan, podía separarse de lo establecido en aquel Plan, habría que entenderlo sometido a la nueva Ley de acuerdo con su disposición transitoria 5.ª, que así lo establece para los Planes y restantes instrumentos de ordenación Urbanística en los que al momento de entrada en vigor de esta Ley, no hubiera recaído aún el acuerdo de aprobación inicial.

Pues bien, en el presente caso, la atención a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, al aporte argumental y probatorio ofrecido por las partes, conduce sin esfuerzo a la conclusión de la no concurrencia de los presupuestos necesarios para considerar violentado el precepto invocado en la demanda, y ello, fundamentalmente, por cuanto que a pesar de lo argumentado por la Corporación demandada, tanto en sede administrativa como en esta judicial, respecto de la existencia de razones justificadas para considerar inaplicable temporalmente aquel artículo 17.1 de la Ley 2/2007, la actora se ha limitado a insistir sin más en su aplicación sin ofrecer razón alguna que descarte esas otras posibilidades.

En efecto, de un lado, si en el primero de los informes, el de 20 de abril de 2007, de la Administración autonómica se limitó a invocar la aplicación al caso de aquel precepto, señalando los extremos en los que no se le daba efectividad, en el segundo informe, del día 16 de agosto siguiente, aquélla insiste en dicha ilegalidad sin señalar ya en ese caso aquellos precisos extremos, actitud que no se ha remediado en esta sede judicial, en la cual tanto la demanda como el escrito de conclusiones de la actora se limitan a remitirse en este aspecto a aquellos informes.

Ello contrasta con lo expresado en todo momento por la Corporación demandada, que, ante todo, se refiere a la finalidad que al Plan Especial asigna el Plan General de realizar operaciones integradas dirigidas a la reestructuración Urbanística de un área, fijando su superficie (de 3.090 m²), su edificabilidad (de 2,2 m²t/m²s) y su uso global (residencial-industrial), estableciendo como objetivo de la ordenación la implantación del uso residencial cuando se produzca el cese voluntario de la actividad industrial preexistente y la apertura de un vial de conexión entre la Avenida Juan XXIII y la Plaza de San Fermín, con ocultación de medianeras vistas. Como se observa, el Plan Especial se dirige en este caso al desarrollo de las concretas previsiones establecidas al respecto en el Plan General de Ordenación Urbana, en concreto, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 14.c) de la LOUA, es decir, con la finalidad de establecimiento de la ordenación detallada de las áreas urbanas sujetas a actuaciones y operaciones integradas de reforma interior, para su renovación, mejora, rehabilitación o colmatación, supuesto en el que, según el apartado 2.a) de ese mismo precepto, tiene lugar el desarrollo del Plan General y en el que, según precisaba el artículo 83.1 del Reglamento de Planeamiento, resulta obligado seguir sus determinaciones.

También se ha explicado por la demandada, cómo la aplicación de las dotaciones mínimas previstas en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, supondría la no disponibilidad de suelo para la edificación.

En fin, todo ello puede verse justificado, entre otros documentos, en los informes de 8 de mayo (folios 180 y siguientes) y de 11 de julio de 2007 (folios 191 y siguientes), del expediente, justificación que, considerada la ausencia argumentativa y probatoria de la actora sobre tales particulares, debe considerarse suficiente, cuando menos, para dar por buena la opción propugnada por la demandada, que con la acreditada conexión existente entre el Plan Especial y el General de la capital, habrían justificado mínimamente la no necesaria aplicación al caso de las determinaciones contenidas en el citado artículo 17.1 de la Ley 7/2002, por razón de la aprobación de dicho Plan General con anterioridad a dicha Ley.

Por si ello no bastara, esas mismas circunstancias permitirían traer en aplicación la caso lo establecido por el apartado 2 del mismo artículo 17 de la Ley 2/2007, que, justamente, permite eximir parcialmente el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior en la ordenación de concretos sectores de suelo urbano no consolidado, cuando las dimensiones de éstos o su grado de ocupación por la edificación hagan inviable dicho cumplimiento o éste resulte incompatible con una ordenación coherente, todo ello en los términos que se prevea reglamentariamente, autorizando igualmente la exención a los sectores de suelo urbano no consolidado o de suelo urbanizable en que se hayan llevado irregularmente a cabo, total o parcialmente, actuaciones de urbanización y edificación que el Plan General de Ordenación Urbanística declare expresamente compatibles con el modelo urbanístico territorial que adopte, circunstancias cuya concurrencia en el supuesto, según lo dicho, la demandada se ha ocupado de justificar más que sobradamente.

En consecuencia, por todo ello, el recurso debe ser íntegramente desestimado, sin que, a pesar de todo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se aprecien méritos suficientes para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

(St. de 23 de enero de 2009. Sala de Málaga. Ponente Eduardo Hinojosa. Se transcribe completa).

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

El debate de investidura

Sin duda ninguna, el acto parlamentario de mayor relevancia de este periodo ha sido la investidura de J. A. Griñán como Presidente de la Junta de Andalucía. Pocos podían sospechar que, pocos meses después de asistir a un acto de semejante naturaleza protagonizado por Manuel Chaves, volverían a aplicarse las previsiones contenidas en el artículo 118 del nuevo Estatuto. Y, como era previsible, las peculiares circunstancias que rodearon este proceso de investidura –dimisión del anterior Presidente para incorporarse al Gobierno central– no dejaron de tener un reflejo a lo largo del debate. Más concretamente, hicieron acto de presencia en las intervenciones de los portavoces de los grupos de oposición para recriminar la forma en que se sustanció la renuncia de Chaves. Así, en opinión del Sr. Valderas, su dimisión había carecido “de respeto y de sensibilidad para esta Cámara y para con el pueblo andaluz. Después de haber llamado reiteradamente a los andaluces a arrimar el hombro para salir de la crisis, el señor Chaves... renuncia a asumir sus responsabilidades por la situación y mantener sus compromisos con Andalucía”. En fin, terminaría el portavoz de Izquierda Unida, “con independencia de la legitimidad formal parlamentaria, es indudable que las circunstancias de esta investidura son especiales, por lo que subyace en el fondo de todo este proceso y por el desconcierto en el que ha dejado a miles de andaluces, que han visto cómo, una vez más, el PSOE supedita los intereses de Andalucía a los del Gobierno central y a los del propio partido”¹.

También el Sr. Arenas, portavoz del principal grupo de la oposición, dedicó el primer bloque de su intervención a criticar el modo en que se abordaba la investidura; aunque, ciertamente, comenzó sus palabras con algún gesto a favor del presidente saliente: “Señorías, he debatido en multitud de ocasiones en esta Cámara con el señor Chaves. Le he considerado, al señor Chaves, un mal gobernante en Andalucía, pero en el día de hoy de parece que es de justicia que conste en el acta, en el *Diario de Sesiones* de esta Cámara, nuestro

¹ *DSPA* Pleno 44, 22 de abril de 2009, pág. 3.

reconocimiento a la persona del señor Chaves y también nuestro respeto a los años que ha dedicado a nuestra tierra”. Sin embargo, una vez dicho esto, reprocharía con contundencia su decisión de abandonar la presidencia de la Junta en este momento: “El anterior Presidente ha roto la relación de confianza, el contrato de confianza que le unía con los andaluces, y ha decidido marcharse a la política nacional en el peor momento para las familias de nuestra tierra. Ha dicho un consejero actual en funciones de la Junta de Andalucía: ‘Ante la situación económica complicada y difícil, uno no puede dar la espantada’. Lo ha dicho un consejero en funciones de la Junta de Andalucía. Hoy deberíamos estar dedicando el ciento por ciento de nuestro tiempo a resolver los problemas de la economía y el paro. Sin embargo, estamos en un debate de investidura”². E igualmente, siguiendo la línea que había trazado el portavoz del otro grupo de oposición, también el Sr. Arenas sembró algunas dudas acerca de la legitimidad material –que no jurídica, obviamente– de la futura elección del nuevo Presidente: “Señor Griñán, cuando termine el día de hoy, usted va a ser Presidente de la Junta de Andalucía, y usted va a ser un presidente legal que cuenta con la legitimidad del Parlamento y el apoyo de su partido –se lo repito: legal, con el apoyo de su partido y la legitimidad del Parlamento–. Sin embargo, haga lo que haga, no cuenta con la legitimidad política de las urnas. ¿Por qué no cuenta con la legitimidad política de las urnas? Porque usted no compareció en las pasadas elecciones como un candidato a la Presidencia. No es lo mismo un Presidente que sale del sufragio de todos los andaluces. Señor Griñán, usted no se ha ganado la Presidencia de la Junta de Andalucía...”³.

En este contexto, no debe de ser motivo de extrañeza que el discurso del candidato procurara desde el principio subrayar que su mandato no consistirá en un puro y simple continuismo de la línea emprendida bajo la presidencia de Chaves: “Quiero representar un cambio en la Presidencia de la Junta de Andalucía. Un cambio que reconozca lo hecho y que no regatee a los andaluces el merecido reconocimiento de su trabajo, pero que, al mismo tiempo, se plantee nuevos desafíos, nuevos retos acorde con las transformaciones de toda índole –económicas, demográficas, políticas o culturales– que ha experimentado una tierra joven y dinámica como es la nuestra”⁴.

² *DSPA* Pleno 44, pág. 17.

³ *DSPA* Pleno 44, pág. 18.

⁴ *DSPA* Plenos 43, 21 de abril de 2009, pág. 4

Pues bien, precisamente dudando de la capacidad del candidato para imprimir un cambio de acento en la política autonómica, comenzó su intervención el portavoz del Grupo parlamentario Izquierda Unida, Sr. Valderas. A su juicio, por más que dicho cambio resultara ineludible dados los magros resultados de la presidencia de Chaves, no detectaba en el discurso del candidato la voluntad precisa para llevarlo a efecto: “El Gobierno de Madrid estaba agotado, falto de ideas. Al Gobierno andaluz le pasaba exactamente lo mismo. Tanto un Gobierno como otro habían perdido claramente ante los ciudadanos la credibilidad. Las publicitadas medidas contra la crisis hasta la fecha han demostrado su ineficacia. (...) Por eso, para Izquierda Unida, desde una posición sincera, le preguntamos directamente: ¿Va usted a dar un golpe de timón y cambiar el rumbo de la política de Andalucía? (...) Usted tiene, efectivamente, que ganarse una credibilidad perdida por las políticas que se han puesto en marcha, superar una trayectoria que le ha marcado. Tiene que ganársela superando su propia historia. No lo tiene fácil, porque usted fue Ministro y ha sido Consejero de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía en los últimos cinco años, con lo que ello representa de responsabilidad en la instauración de un modelo económico fracasado y excesivamente débil ante una crisis de la envergadura de la actual...”⁵. Y, sin embargo, proseguiría su razonamiento el portavoz del grupo Izquierda Unida, en su intervención del día anterior el candidato a la presidencia ni se había ganado dicha credibilidad, ni había mostrado una clara voluntad de introducir un cambio real en las políticas autonómicas: “(...) el discurso de ayer, a nuestro juicio, ofrece pocas garantías de cambio. No abre ninguna etapa nueva. No cambia el rumbo y la orientación de la economía. No encontramos la respuesta suficiente para que la crisis no la sigan pagando los de siempre. Ni siquiera su apuesta educativa es fuerte. No dio usted ninguna cifra, ningún elemento concreto en materia de carácter educativo. Su discurso, por lo tanto, sigue instalado en el continuismo del que usted es producto”⁶.

También en este punto hubo coincidencia entre los dos grupos parlamentarios de oposición. Pues asimismo en consideración del portavoz del grupo popular ningún elemento innovador hubo en el discurso de investidura del candidato en relación con las pasadas políticas de la Junta: “Quiero decirle que su discurso de ayer fue más de lo mismo, o, mejor dicho, menos de lo mis-

⁵ DSPA Plenos 44, 22 de abril de 2009, págs. 3–4.

⁶ DSPA, 22 de abril, pág. 5.

mo, porque nunca he asistido a un discurso de investidura, ni aquí ni en las Cortes Generales, con menos compromisos de los que usted ayer expuso –y, por cierto, también con más literatura de la que usted ayer nos ofreció–. No es un problema de personas: es un problema de años de gobierno. En nuestra opinión –y podemos estar equivocados–, lo que está agotado es el proyecto socialista, porque ustedes han tenido treinta años de oportunidades para que Andalucía sea la primera, y no lo han conseguido”⁷. En definitiva, concluiría el señor Arenas dirigiéndose al candidato, “su discurso significa continuismo puro y duro. Pero es que no puede ser de otra manera. Es que usted es corresponsable de treinta años de gobierno socialista en Andalucía: el cambio de palabras no nos puede engañar”⁸.

Entrando ya en el examen de las políticas sectoriales avanzadas por el candidato, huelga insistir en que el absoluto protagonismo recayó sobre las decisiones de naturaleza económica. Pues bien, en el marco de las medidas tendentes a neutralizar los perniciosos efectos de la crisis económica, el discurso de investidura del candidato no dejó de hacer referencia al proceso de liberalización de servicios en el que nos hallamos inmersos por mor de la trasposición de la conocida como Directiva Bolkenstein. En efecto, tras afirmar que Andalucía presenta la ventaja comparativa de generar más crecimiento y empleo cuando se promueven marcos de mayor libertad de competencia, y una vez que hubo puesto de manifiesto que el sector de los servicios constituye un amplio sector económico que ha de ser objeto de una mayor liberalización, no dudaría en asegurar el señor Griñán: “La plena aplicación, a partir de este año, de la Directiva de Servicios, para reducir trabas injustificadas –o, si quieren ustedes, desproporcionadas– y facilitar el acceso a la actividad, es una tarea ambiciosa que tiene que desarrollar primordialmente el Gobierno de España, pero que la Junta de Andalucía va a colaborar plenamente en todo lo que afecte a sus competencias”⁹.

Extremo éste de la intervención del candidato que sería resueltamente criticado por el portavoz del grupo Izquierda Unida, que reprochó sus posibles excesos liberalizadores: “En el ardor con el que han manifestado su vo-

⁷ *DSPA*, 22 de abril, pág. 18.

⁸ *DSPA*, 22 de abril, pág. 19.

⁹ *DSPA*, 21 de abril, pág. 8.

luntad de que la Junta colaborará en la plena liberalización de los servicios públicos que permite la Directiva Bolkenstein de la Unión Europea nos llena de preocupación. ¿Liberalizar aún más los servicios públicos? ¿Se va a privatizar hasta el aire, señor Griñán, o vamos a retroceder, a recuperar el espacio de lo público en materias importantes? Daremos la batalla a esa Directiva en las elecciones europeas”¹⁰. En la intervención subsiguiente, el candidato a la presidencia de la Junta no sólo ensalzó las virtudes de la liberalización de servicios como medio de creación de empleo, sino que puntualizó que las medidas que se iban a acordar al respecto no se vinculaban estrictamente con la aludida Directiva: “(...) ¿a usted le parece que es normal que se pueda mantener prisionero de determinados grupos corporativos al sector de los servicios? ¿No es lógico abrir el sector de los servicios para que así se cree más empleo, para que así haya más competencia en el sector de los servicios? Yo no le estoy hablando, señor Valderas, de la Directiva Bolkenstein. Le estoy hablando de una normativa que se está aplicando, que hay ya un anteproyecto de ley por el Gobierno y que ese anteproyecto de ley lo tendremos que discutir también en esta Cámara, y que tiene puntos de encuentro que van a servir para que la economía sea mucho más eficiente y se cree más empleo. De eso es de lo que estoy hablando y de lo que le hablaba en mi intervención de ayer”¹¹.

Un lugar destacado en el discurso del Sr. Griñán lo ocupó la política en materia de vivienda. Política que, aun cuando tiene en la proyectada Ley reguladora del derecho a la vivienda su principal punto de referencia, no agota en ella todas sus potencialidades: “La puesta en marcha de la ley sobre el derecho a la vivienda tiene que ser precedida, porque no hay que esperar a su aprobación, y complementada por un plan financiero de apoyo a la vivienda protegida que amplíe, además, la oferta de alquiler con opción de compra, también por actuaciones de rehabilitación y, asimismo, por decisiones sobre el *stock* de viviendas terminadas”¹². No cabe, sin embargo, soslayar que este sector material constituye, junto con el urbanismo, un ámbito competencial “natural” de los municipios, constituyendo un aspecto esencial en donde se condensa la autonomía local en su vertiente funcional. No en balde el nuevo Estatuto de Autonomía, que incorpora la muy importante novedad de “blindar”

¹⁰ DSPA, 22 de abril, pág. 6.

¹¹ DSPA, 22 de abril, pág. 9.

¹² DSPA, 21 de abril *cit.*, págs. 6–7.

en el bloque de la constitucionalidad cuál sea el ámbito material mínimo sobre el que deben los gobiernos locales ostentar competencias propias, no duda en incorporar a la vivienda entre esas materias consustanciales a la autonomía local (art. 92.2 b). Pero este mandato estatutario, como no podía ser de otra manera, no pasó inadvertido para el candidato a la presidencia de la Junta, que no dudó en la exigencia de instaurar relaciones cooperativas a este respecto: “Tengo que cooperar, he de cooperar, con los ayuntamientos en la normalización de su planeamiento y en facilitar también el acceso a la vivienda de los ciudadanos con menores recursos económicos”¹³.

Estas previsiones en materia de vivienda no dejaron de suscitar cierto escepticismo en las fuerzas de oposición, señaladamente en el portavoz del grupo Popular, que destacó el nulo efecto de medidas semejantes adoptadas con anterioridad: “Ayer habló el señor Griñán de una propuesta financiera de apoyo a la vivienda. Y eso estaría bien, pero es que usted ha promovido hace unos meses una propuesta financiera de apoyo a la vivienda que no ha conseguido que ningún andaluz pueda adquirir una nueva vivienda. ¿No se acuerda usted de la foto del Pacto de la vivienda en plena precampaña electoral? ¿Para qué? Absolutamente para nada”¹⁴. E insistiría más adelante el portavoz del grupo popular: “En la política de vivienda, ustedes prometieron, prometieron en la foto de la precampaña electoral, trescientas mil, treinta mil –sí, trescientas mil en el bloque– treinta mil viviendas protegidas al año. ¿En cuánto vamos a cerrar el año? El año 2008. No llegamos a las diez mil, no llegamos a las diez mil en el año 2008, según todos los informes oficiales”¹⁵.

En realidad, el énfasis puesto por el candidato en la salvaguardia del derecho a la vivienda no es sino fiel trasunto de una preocupación de mayor calado que impregnó todo su discurso de investidura, a saber, que la severa crisis económica por la que estamos atravesando no pretenda superarse o, sencillamente, no desemboque de hecho en una merma del nivel prestacional que ha alcanzado nuestro modelo de Estado Social. En este sentido, lejos de refrenarse o, incluso, mantenerse los logros alcanzados respecto de lo que se ha dado en denominar cuarto pilar del Estado de Bienestar, lo que ha de procu-

¹³ *DSPA*, 21 de abril, pág. 9.

¹⁴ *DSPA*, 22 de abril, pág. 20.

¹⁵ *DSPA*, 22 de abril, pág. 28.

rarse en la legislatura es impulsar, profundizar y extender los servicios prestados: “Andalucía es –saben ustedes– la comunidad autónoma que ha reconocido mayor número de personas en situación de dependencia. Estamos en el 30% de toda España: 160.000 en 2009 serán reconocidos en situación de gran dependencia o dependencia severa. Somos conscientes de que estas personas necesitan, además, permanecer en su entorno familiar y sabemos que necesitan también una atención profesionalizada. Por eso, necesitamos desarrollar la Ley de Dependencia en Andalucía, a base fundamentalmente de prestación de servicios, que crearán, además, un tejido empresarial. Prestación de servicios con red de Servicios de Proximidad, que hagan compatible el Servicio de Ayuda a Domicilio con las unidades de estancia diurna y con Servicio de Teleasistencia. Prestaciones de hacer, no sólo prestaciones de dar”¹⁶.

Si el problema de la financiación autonómica suele ocupar invariablemente un lugar destacado en los debates de alcance general, lógicamente no podía ignorarse en esta ocasión, habida cuenta de las dificultades que estaba planteando consensuar un nuevo sistema de financiación acorde con el reformado marco estatutario. Pues bien, la premisa sobre la que inescusablemente debe asentarse la aceptación del nuevo modelo quedó formulada en términos categóricos en el discurso de investidura: “Yo les tengo que decir, señorías, que no puede haber ningún sistema de financiación autonómica que no garantice la igualdad de todos los españoles”¹⁷. Por lo demás, proseguiría el candidato, las expectativas que se abren para nuestra Comunidad Autónoma en esta esfera no apuntan sino a una mejora de su situación, y ello tanto en lo relativo al incremento de los recursos como en lo atinente al aumento del grado de su autonomía fiscal: “... el nuevo modelo de financiación nos ha de aportar también ingresos complementarios y una mayor autonomía financiera..., lo que nos va a permitir también más corresponsabilidad y contar con una política fiscal propia de la Comunidad Autónoma. Esto nos permitirá –digo– un marco fiscal autonómico que permita abordar conjuntamente la tributación sobre los ingresos, bien sea en renta, bien sea en sucesiones o donaciones”¹⁸. Mejora en la situación financiera de nuestra Comunidad Autónoma que, al fin y al cabo, no sería en última instancia sino una exigencia o lógica

¹⁶ *DSPA*, 21 de abril, pág. 13.

¹⁷ *DSPA*, 21 de abril, pág. 5.

¹⁸ *DSPA*, 21 de abril, pág. 7.

consecuencia del nuevo marco estatutario, que ha subrayado y potenciado el protagonismo de los niveles subcentrales de gobierno en la consolidación del Estado Social. En efecto, como atinadamente argumentó el candidato a la presidencia de la Junta de Andalucía: "... si ustedes ven el Estatuto y la Constitución se darán cuenta: las comunidades autónomas somos las responsables de la cohesión social. En nosotros ha confiado el constituyente lo que es toda la política de bienestar social: educación, sanidad, servicios sociales... Por eso es tan importante el sistema de financiación. Por eso es tan importante un sistema de financiación autonómica y local. Porque las administraciones que prestamos servicios somos las que hacemos posible el ejercicio de los derechos individuales, las que removemos obstáculos para que todos y todas seamos ciudadanos y ciudadanas"¹⁹.

Sorprendentemente, escasa atención prestaron a este asunto capital los portavoces de los grupos de oposición. Si acaso, sólo cabe reseñar algunas sugerencias en materia de política impositiva que deslizó en alguna de sus intervenciones el señor Arenas, tendente a reducir la presión fiscal: "Hay que bajar impuestos sobre la base de una administración pública austera. Suprímase el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, entre otras cosas, porque más de veinte millones de españoles ya no pagan el Impuesto... Hay que suprimir Sucesiones y Donaciones, bajar el IRPF a las familias, eliminar el tramo autonómico a los andaluces que ganan menos de 12.000 euros, favorecer fiscalmente la creación de empleo, el I+D+I"²⁰.

Pero si hubiera que decantarse por identificar un concreto tema como el más destacado de los diversos tratados en el discurso de investidura, muy probablemente habría un amplio acuerdo en señalar la idea de "descentralización". Descentralización que, además, se proyectaría en un doble plano: ampliando la autonomía competencial y financiera de los Entes locales, de una parte, y desplazando hacia las delegaciones provinciales de la Junta de Andalucía determinadas decisiones que hoy se toman en Sevilla. En efecto, como anticiparía en su discurso el Sr. Griñán: "La descentralización política, la descentralización administrativa, es y va a ser uno de los puntos centrales de la acción de mi Gobierno. Quiero poner mi empeño en abordar lo que, tras la construcción del Estado de las Autonomías, podría ser una nueva descentrali-

¹⁹ DSPA, 21 de abril, pág. 12.

²⁰ DSPA, 22 de abril, pág. 27.

zación: abrir espacios de resolución y de toma de decisiones en el ámbito provincial y local, sin necesidad de que sean siempre los órganos centrales autonómicos los que hayan de tener la decisión de cualquier tipo de expediente; que la mayoría de los asuntos de Málaga, de Granada, de Córdoba, de Huelva, de Jaén, de Cádiz, de Almería o de Sevilla se resuelvan en cada una de esas provincias”²¹.

Pues bien, por lo que hace a la aludida “descentralización administrativa”, avanzó ya la intención de modificar el vigente marco normativo a fin de hacer realidad la desconcentración funcional en la órbita del nivel administrativo autonómico: “(...) resulta necesaria una reforma de la propia Administración de la Junta, que potencie la capacidad decisoria de la estructura provincial y territorial. Si sus señorías me otorgan la confianza, traeré a esta Cámara el proyecto básico de reforma de la Administración de la Junta de Andalucía”²².

Aunque, naturalmente, la empresa de mayor calado político –en la medida en que afecta a los niveles de gobierno– y, por ende, más difícil de lograr al resultar altamente recomendable que se alcance un consenso en sede parlamentaria, reside en incrementar la descentralización a favor de municipios y provincias. Se trataría con ello en realidad, como acertadamente razonó el Sr. Griñán, de llevar a la práctica los mandatos y previsiones del nuevo Estatuto, que asigna a los Entes locales una posición protagonista en nuestro entramado institucional: “Nuestro Estatuto sitúa a las corporaciones locales, quizás, en el lugar preeminente en la arquitectura político–territorial de la Comunidad Autónoma. Con el nuevo modelo local, o Pacto Local, como quieran llamarlo, abriremos un amplio proceso de descentralización, y va a ser inmediato y prioritario”. Descentralización cuya eficacia quedaría sustancialmente truncada si no se proyectase al unísono tanto en la esfera funcional, ampliando las competencias locales, como en la órbita financiera, mejorando la provisión de recursos económicos desde la Comunidad Autónoma a las instituciones locales: “(...) debemos priorizar la definición de este nuevo modelo, en el que los ayuntamientos actuarán en un escenario de claridad competencial. El Gobierno local dejará de ser únicamente prestador de servicios y dispondrá ahora –y lo hará con respaldo normativo– de la capacidad de ordenar y gestionar políticas que tengan en cuenta las singularidades de su territorio y de

²¹ *DSPA*, 21 de abril, pág. 8.

²² *Ibidem*.

su población, y, naturalmente, con financiación. Este modelo tendrá pilares básicos: el de las competencias locales y el de la financiación municipal; financiación local para conseguir la autonomía y la suficiencia financiera”. E, incluso, en el discurso de investidura se adelantó cómo está previsto que se articule jurídicamente ese sustancial cambio de acento en la distribución territorial del poder político en Andalucía: “Y llegar a este nuevo modelo local precisará de tres pasos que van a ser fundamentales: por un lado, la Ley de Régimen Local de Andalucía, y, por otro, la Ley de Transferencia y delegación de competencias a los ayuntamientos y la Ley reguladora de la participación de los entes locales en los tributos propios de la Comunidad Autónoma. Un marco legal adecuado a los nuevos tiempos donde la cooperación entre Gobiernos locales y Gobierno andaluz ha de ser un objetivo fundamental. Y son leyes, créanme, que reflejan un nuevo proyecto político: el de un gobierno comprometido con la autonomía de las corporaciones locales, con su financiación y con el apoyo a todas ellas sin distinciones partidistas”. En fin, cambios tan sustanciales que, como se ha adelantado, sólo serán factibles si media el consenso entre todos los actores concernidos: “Este nuevo modelo local tiene que ser compartido y consensuado, porque se trata de leyes que fijan reglas del juego con vocación de permanencia. Y por eso buscaremos el acuerdo, desde luego, con las corporaciones locales, ayuntamientos y diputaciones, pero también con las distintas fuerzas políticas de esta Cámara”²³.

Así, pues, con la propuesta de descentralización, el candidato mantuvo sin cambio alguno el eje prioritario sobre el que articuló su programa de investidura el anterior Presidente de la Junta. Y permaneció asimismo fiel al ambicioso contenido y al amplio alcance que se quiere imprimir a ese proceso descentralizador desde la Comunidad Autónoma a las provincias y municipios, ya que el mismo no se circunscribe únicamente a la transferencia de competencias autonómicas a favor de las Entidades locales, sino que abarca la provisión de medios económicos suficientes para hacer frente a las nuevas cargas financieras que asumirán las provincias y los municipios. E importa subrayar a este respecto que el candidato haya reafirmado su compromiso de poner en marcha el mecanismo de financiación que está llamado a jugar un papel central en el nuevo marco de relaciones entre la Comunidad Autónoma y el nivel local de gobierno, a saber, la participación de los Entes locales en los ingresos tributarios autonómicos. Únicamente cabría matizar en la intervención

²³ *DSPA*, 21 de abril, pág. 14.

del candidato la calificación de dicha fuente de financiación como participación en los “tributos propios” autonómicos, ya que, como tendremos acto seguido ocasión de constatar, es más amplia la conceptualización que de estos recursos cabe inferir del bloque de la constitucionalidad.

Así es; ya de entrada no debe soslayarse que la articulación de esta fuente de financiación constituye una ineludible exigencia impuesta por la propia Constitución: “Las haciendas locales –dice el art. 142 CE– deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas”. La participación en los tributos autonómicos se configura constitucionalmente, pues, como una fuente de ingresos obligatoria, incardinada, además, directamente a la consecución de la suficiencia en la financiación de las *competencias propias* de los Entes Locales. Debe, pues, operar (debió operar desde el principio) como uno de los pilares esenciales del sistema hacendístico local. Sabemos que no ha sido así, y que continúa siendo una obligación constitucional aún no satisfecha con alcance general en el Estado Autonómico. Importa, en cualquier caso, subrayar que esa obligación constitucional de financiar vía participación en tributos sólo se proyecta a los entes constitucionalmente necesarios (municipios, provincias e islas); de tal suerte que ni el Estado ni las Comunidades Autónomas están constreñidos a abrir este mecanismo a otros entes locales que éstas puedan crear en el marco de sus competencias. De hecho, la financiación de comarcas o de cualquier otro ente local intermedio que creen las Comunidades Autónomas correrá a cargo de éstas, pues el compromiso del Estado –como queda dicho– se circunscribe a proveer a la financiación de los entes necesarios.

De otro lado, pese a su laconismo, el art. 142 CE se inclina claramente por rechazar un modelo de hacienda local en el que las subvenciones tengan una presencia significativa, toda vez que la categoría “participación en tributos” es un concepto bien perfilado en Federalismo fiscal y Derecho Comparado, caracterizado por las siguientes notas: 1º) Ha de constituir una fuente de financiación ordinaria y estable de las Entidades locales, lo que exige que su existencia no dependa únicamente de la Ley de Presupuestos; máxime cuando la misma está constitucionalmente llamada a proveer los recursos precisos para financiar sus competencias. 2º) Ha de proporcionar unos recursos “previsibles” o “predeterminables” con un mínimo horizonte temporal, a fin de que los municipios y provincias puedan planificar sus políticas de gasto con la suficiente antelación. Y 3º) debe tratarse de una fuente suministradora de ingresos de libre disposición, ya que la afectación de los mismos a concretos fi-

nes menoscabaría manifiestamente la autonomía financiera en la vertiente del gasto, la cual, como tantas veces ha recordado el Tribunal Constitucional, forma parte del núcleo constitucionalmente protegido de la autonomía local.

Pues bien, cabe afirmar sin temor a errar que la redacción definitiva del nuevo Estatuto, al regular esta fuente de ingresos, da un cabal cumplimiento a las referidas exigencias constitucionales. “Una ley regulará –dice el art. 192.1– la participación de las Entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, que se instrumentará a través de un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado”. Por lo demás, al conectar esta fuente de ingresos con las Entidades locales en términos genéricos, está reconociendo a las provincias como inmediatas beneficiarias del mismo. La afirmación –por obvia– puede causar alguna perplejidad, habida cuenta de que nadie duda de que el art. 142 de la Constitución las incluye como destinatarias de las participaciones en tributos estatales y autonómicos. Y, sin embargo, era conveniente explicitar este aspecto, toda vez que, sorprendentemente, la Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía aprobada por el Parlamento de Andalucía, apartándose del mandato constitucional, únicamente contemplaba a los municipios como posibles beneficiarios:

“Art. 189.1 Una Ley regulará la participación de los **Ayuntamientos** en los tributos de la Comunidad Autónoma, que se instrumentará a través de un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado. **Dicha ley fijará los criterios para su distribución, entre los que primará la población**”²⁴.

Como es obvio, a fin de restaurar en su integridad las previsiones constitucionales, las Cortes Generales modificaron el precepto, sustituyendo la sola referencia a los “Ayuntamientos” por la genérica a las “Entidades locales”, con la evidente finalidad de incluir bajo su ámbito de cobertura a las provincias.

De otra parte, el art. 192.1 del Estatuto también permanece fiel al mandato constitucional en lo relativo a los recursos autonómicos objeto de participación. Pues, al igual que reza el art. 142 CE, la participación ha de articularse, genéricamente, sobre los “tributos de la Comunidad Autónoma”, categoría integradora tanto de los impuestos propios como de los impuestos cedidos por el Estado, total o parcialmente. De hecho, la dicción del nuevo Esta-

²⁴ En negrita, lo que sería modificado o suprimido por las Cortes Generales.

tuto tiene la ventaja de que ayuda a superar el malentendido creado por el desafortunado art. 39 de la LHL de 1988 (y que se mantiene en el art. 39 del vigente Texto Refundido), que vincula la participación exclusivamente con los “tributos propios” de las Comunidades Autónomas. Una lectura restrictiva del texto constitucional que, si ya era reprochable en el año 1988, cuando la Hacienda autonómica se configuraba esencialmente como una Hacienda de transferencia y el Estado conservaba la integridad de la recaudación de las principales figuras del sistema impositivo, resulta lisa y llanamente inadmisibile en la etapa actual, en la que el modelo de financiación en cierta medida se ha *germanizado*, en el sentido de que se articula en torno a unos *impuestos comunes* cuyo derecho a la recaudación se comparte por los tres niveles de gobierno (IRPF, IVA, impuestos especiales)²⁵.

El art. 192.1 del Estatuto –decía– viene a superar esa lectura restrictiva, pues desvincula la participación de los “tributos propios” autonómicos y lo relaciona con los “tributos autonómicos” en general, con lo que manifiestamente se pretende incluir a la figura de los tributos cedidos por el Estado. En efecto, cada vez que el estatuyente quiere referirse a los tributos establecidos, creados, directamente por la Comunidad Autónoma, siempre añade, sin excepción alguna, el calificativo de “propios”. Y, así, de “tributos propios” habla el artículo 176.2 a) del Estatuto para referirse a los establecidos por la Comunidad Autónoma al enumerar los recursos integrantes de la Hacienda de la Junta de Andalucía; y el artículo 180.1 hace otro tanto cuando precisa las competencias normativas y de gestión que tiene la Junta respecto de los creados por ella; y, en fin, también habla de “tributos propios” como categoría diferente a los tributos cedidos cuando el art. 181.2 del Estatuto acota las facultades de gestión de la Agencia Tributaria de Andalucía. En fin, no cabe la menor duda de que, si se hubiera querido ceñir el mecanismo de participación en los tributos a los impuestos creados por la Comunidad Autónoma, el art. 192.1 hubiese utilizado la expresión “tributos propios” en lugar de la genérica “tributos” que efectivamente utiliza. Pero, claro está, esta decisión hubiese supuesto asumir una lectura restrictiva y de difícil encaje en el marco del art. 142 CE.

²⁵ Tras la reforma de la LHL de 2002, que introdujo la participación territorializada de las provincias y los municipios de más de 75.000 habitantes y capitales de provincia en dichos impuestos, se palió siquiera modestamente la absoluta “falta de conexión entre los modelos de financiación autonómica y local” que había caracterizado hasta entonces la configuración de la Hacienda en el Estado de las Autonomías. (Javier Suárez Pandiello, “La nueva financiación local: ¿Un modelo permanente?”, en Medina Guerrero/Arroyo Gil, coords., *Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2005, pág. 118)

En suma, según hemos comprobado, el art. 192.1 del Estatuto realiza una lectura constitucionalmente adecuada del mecanismo de participación en los ingresos tributarios autonómicos. Pero hay más; la forma en que el estatuyente ha prefigurado esta fuente de ingresos se acompasa perfectamente con el objetivo nuclear de avanzar en el Estado Social que constituye el núcleo duro del nuevo marco estatutario. Pues el tantas veces reiterado precepto lo concibe como un “fondo de nivelación municipal”, con lo que se excluye de raíz la posibilidad de que la distribución de estos recursos se efectúe únicamente con base en el criterio de recaudación territorial, y pueda así satisfacerse más adecuadamente el principio de solidaridad. Por lo demás, el Estatuto –como parece razonable– no prejuzga ni condiciona qué criterio o criterios de necesidad habrán de utilizarse para realizar el reparto del fondo entre los diferentes Entes locales; de tal suerte que el legislador autonómico dispone de un amplísimo margen de libertad de configuración política para optar por la población y/o cualquier otro índice que estime pertinente (dispersión geográfica, necesidades de infraestructuras y equipamiento, número de unidades escolares, etc.). No deja desde luego de ser significativo a este respecto que las Cortes Generales suprimiesen la referencia que aparecía en el texto aprobado por el Parlamento andaluz según la cual debía primarse el criterio de la población; supresión con la que se ha venido a ampliar sustancialmente el margen de libertad de decisión del legislador autonómico.

Sin embargo, cualquiera que pueda ser el perfil último que adquiera esta esencial fuente de ingresos en el seno de una Comunidad Autónoma más atenta a la autonomía local –y con esto damos por cerrada la pertinente digresión–, lo que sí conviene destacar en relación con el debate de investidura es que la profundización de la descentralización administrativa y política, lejos de constituir un punto de debate o discusión entre las diferentes fuerzas parlamentarias, apareció como un objetivo deseable para todos. Así, en este sentido, el portavoz del grupo Izquierda Unida no dudó en afirmar la pertinencia de avanzar en esa dirección, encargándose no obstante de puntualizar que la descentralización no podía limitarse a la esfera estrictamente administrativa: “(...) compartimos con usted la necesidad de la descentralización política y administrativa, pero esto no puede pasar simplemente o solamente en la capacidad decisoria de la estructura provincial de la Junta. Es preciso desarrollar al máximo la descentralización política que recoge nuestro Estatuto de Autonomía acercando el poder y las decisiones al pueblo”²⁶. Aunque, tal vez, como

²⁶ *DSPA*, 22 de abril, pág. 6.

insinuaría en una de sus intervenciones el portavoz del grupo popular, el señor Arenas, la máxima dificultad radique en articular adecuadamente las dos vertientes que se pretende dar a la descentralización: “Lo que sería una barbaridad, señor Griñán, es que su propuesta de desconcentración administrativa signifique fortalecer las delegaciones provinciales de la Junta de Andalucía para ahogar a los ayuntamientos y a las diputaciones en Andalucía”²⁷.

Manuel Medina Guerrero

²⁷ *DSPA*, 22 de abril, pág. 21.

DOCUMENTOS



El Plan de Emergencia ante el riesgo de contaminación del litoral en Andalucía

M^a Remedios Zamora Roselló

Doctora en Derecho. Doctorado Europeo
Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad de Málaga

SUMARIO: 1.– INTRODUCCIÓN. 2.– LOS RIESGOS DEL LITORAL ANDALUZ. 3.– EL MARCO NORMATIVO. ORIGEN DEL PLAN Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN. 1. Perspectiva estatal. 2. Perspectiva autonómica. 3.– LA EXPERIENCIA DE OTRAS COMUNIDADES. 1. Cataluña. 2. Galicia. 3. Murcia. 4. Canarias. 5. Valencia. 6. Baleares. 7. País Vasco. 8. Iniciativas de futuro. 4.– EL CONTENIDO DEL PLAN. 1. Marco normativo, objeto y ámbito de aplicación. 2. Estructura organizativa. 3. Coordinación con la Administración General del Estado. 4. Procedimientos de actuación: Operatividad. 5. Los Planes de Actuación Local. 5. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio de 2008 fue aprobado mediante acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz el Plan de Emergencia ante el riesgo de contaminación del litoral de Andalucía (PECLA), que tiene por finalidad “el establecimiento de la estructura organizativa y de los procedimientos de actuación para una adecuada respuesta ante situaciones de emergencia en las que se origine contaminación del litoral en la Comunidad Autónoma de Andalucía, asegurando una mayor eficacia y coordinación en la intervención de los medios y recursos disponibles”. El antecedente más inmediato de este Plan es la Norma Marco de Planificación de Emergencia ante Contaminación del Litoral, aprobada en 2003, en la que se establecen los procedimientos básicos y la estructura de planificación necesaria para hacer frente a estas emergencias.

Ambas disposiciones son herederas directas de graves crisis marítimas sufridas en nuestro país. El contexto en el que estas disposiciones fueron elaboradas se caracteriza por una importante presión de la opinión pública ante accidentes marítimos de gravedad a nivel internacional, nacional y autonómico. En

el año 2002 en las proximidades de la costa gallega se hundía el buque *Prestige* y la franja norte del litoral español sufrió una de las mareas negras más graves de su historia, extendiéndose la contaminación a Portugal y Francia. Esta crisis marítima puso de relieve la ausencia de una planificación eficaz a nivel estatal, autonómico y provincial, además de las deficiencias en la dotación de recursos personales y materiales para luchar contra la contaminación. Este accidente supuso un impulso a nuevas disposiciones en el ámbito de internacional y comunitario, a las que siguieron nuevas medidas a nivel nacional y autonómico.

2. LOS RIESGOS DEL LITORAL ANDALUZ

Las situaciones de riesgos de contaminación en el litoral de Andalucía son de diversa naturaleza y responden a la situación geográfica de esta Comunidad, así como a su desarrollo social y económico. Andalucía es una región con una importante tradición marítima vinculada a la explotación de los recursos pesqueros, al transporte de mercancías y al turismo costero y marino¹. Las situaciones de riesgo que se han sucedido en los últimos años han convertido al Estrecho de Gibraltar y a la Bahía de Algeciras en dos puntos negros para la contaminación del litoral andaluz.

El Estrecho de Gibraltar es paso obligado de un importante número de buques a diario, por lo que se configura como un foco de graves riesgos para la seguridad marítima. A esta realidad del tráfico marítimo cabe añadir la presencia de la colonia británica de Gibraltar, con un estatus propio que le otorga competencias sobre sus aguas y sus propias instalaciones portuarias.

¹ Como se afirma en la monografía dedicada a la “Gestión integrada de las zonas costeras”, incluida en el *Informe de Medio Ambiente de Andalucía 2007*, elaborado por la Consejería de Medio Ambiente: “La gestión sostenible del medio marino y litoral constituye uno de los retos actuales de las sociedades modernas. Este desafío tiene en lo ambiental, junto con lo económico y lo social, una de sus dimensiones básicas. Desde la segunda mitad del siglo XX se está produciendo un desplazamiento de la población hacia las zonas costeras que ha convertido a éstas en un territorio codiciado donde inciden multitud de intereses socioeconómicos legítimos. Algunas de las actividades que en ellas tienen lugar gozan de un peso relevante en la economía, como la extracción de minerales y petróleo, la pesca, la construcción naval o las comunicaciones. Con el turismo de masas, la intensificación de la agricultura y la industria o el aumento del tráfico marítimo, constituyen sólo algunas de las causas que explican la acentuación de una serie de problemas de difícil abordaje. Éstos se relacionan con el crecimiento urbanístico, la ordenación del territorio, el incremento del consumo energético y de agua, la contaminación, la sobreexplotación de los recursos pesqueros o el deterioro de la biodiversidad y el paisaje entre otros”.

Las autoridades gibraltareñas han autorizado la presencia de submarinos nucleares en el puerto de Gibraltar de forma regular, situación que crea un riesgo para el litoral andaluz y que provoca la alarma de las poblaciones vecinas. Las instalaciones portuarias gibraltareñas reciben un buen número de sumergibles nucleares, y desde el año 2000 se han producido constantes protestas por el riesgo que crean estas escalas. Esta situación alcanzó su punto álgido con la presencia del sumergible nuclear *Tireless* durante cerca de un año en territorio gibraltareño. El 12 de mayo de 2000, y tras sufrir una pérdida accidental de refrigerante en el reactor, llegó este sumergible al puerto del Peñón para ser reparado. Las protestas de las poblaciones españolas vecinas y de las organizaciones ecologistas se mantuvieron durante casi un año, tiempo que el buque permaneció en Gibraltar, y durante el cual se produjo una crisis diplomática entre España y el Reino Unido².

A pesar de las protestas se han sucedido las escalas de submarinos nucleares en Gibraltar, el propio *Tireless* regresó al puerto gibraltareño en julio de 2004 donde permaneció cinco días. Durante el año 2008 han atracado en el puerto del Peñón varios submarinos estadounidenses y británicos de propulsión nuclear, como el *USS Florida*, el *HMS Superb*, el *USS Dallas*, el *USS Norfolk*, el *USS Annapolis* y el *USS Hartford*.

Otro de los principales riesgos de contaminación a los que se enfrenta el litoral andaluz tiene su origen en las actividades de trasvase de combustible en el mar (*bunkering*) en la Bahía de Algeciras. Cada año transitan por la Bahía de Algeciras alrededor de 20 millones de toneladas de productos petrolíferos, y cada día decenas de buques petroleros fondean en sus aguas para cargar combustible; dos de cada tres buques realizan la carga de combustible haciendo *bunkering* en Gibraltar, y los restantes en la refinería de CEPSA en Algeciras³.

² El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunció sobre la actuación del Reino Unido ante la crisis del *Tireless*, como consecuencia de un recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido. El TJCE estimó que cuando se repara un submarino militar de propulsión nuclear las disposiciones comunitarias no imponen al Reino Unido la obligación de informar a la población acerca de las medidas sanitarias aplicables en caso de emergencia radiológica, (STJCE Luxemburgo (Sala Primera) de 9 marzo 2006, ponente J. N. Cunha Rodrigues, [TJCE 2006/72], asunto C-65/04).

³ PÉREZ-RUZAFÁ, A., "El medio marino: componentes y relaciones ecológicas. Marco de referencia para el estudio de la contaminación marina", en PÉREZ-RUZAFÁ, A., MARCOS, C., SALAS, F. y ZAMORA, S. (eds.), Universidad de Murcia, 1999, págs. 15 – 21.

El 21 de enero de 2003 la barcaza *Spabunker IV* se hundió en el puerto de Algeciras ocasionando la muerte de su capitán y activando la alarma ambiental, puesto que transportaba 1.029 toneladas de fuel, 176 de diesel y 169 de gasóleo. Esta gabarra formaba parte de una flotilla de tres embarcaciones de Ciresa encargadas de realizar tareas de suministro de combustible a buques en el puerto de Algeciras. Este accidente puso de manifiesto la peligrosidad de las denominadas “gasolineras flotantes”, embarcaciones cisternas que realizan el repostaje en el mar. La Comisión de Peticiones de la Unión Europea también ha admitido a trámite la petición de la asociación Verdemar–Ecologistas en Acción, y ha anunciado que se iniciará una investigación sobre las prácticas de *bunkering* en el Estrecho de Gibraltar⁴.

La alta densidad del tráfico marítimo del Estrecho supone un elevado riesgo de siniestros, y se encuentra en el origen incidentes de distinta gravedad y que han puesto de manifiesto la vulnerabilidad de este espacio marítimo. Sólo durante el año 2007 se sucedieron varios accidentes que ponen de manifiesto la vulnerabilidad del entorno litoral del Campo de Gibraltar. El 22 de enero de 2007 el carguero *Ocean Globe*, con bandera de Bahamas, quedó varado a la entrada de la Bahía de Cádiz, cuando transportaba una carga de 38.000 toneladas de carbón y unas 600 toneladas de fuel a bordo. El 28 de enero de 2007 el buque frigorífico *Sierra Nava*, que transportaba en torno a 350 toneladas de fuel y 50 toneladas de diésel del combustible del buque, encalló

GREENPEACE, *Algeciras la gasolinera del Mediterráneo*, 27 de septiembre de 2004, publicado en <http://www.greenpeace.org/>

⁴ COMISIÓN DE PETICIONES, *Comunicación a los miembros sobre la Petición 0839/2006, presentada por Scott Barrie y Helen Eadie, de nacionalidad británica, acompañada de cuatro firmas, sobre la regulación del trasvase de petróleo buque a buque en los Estados miembros*, 9 de julio de 2007, PE 392.216. Un grupo de parlamentarios escoceses solicitó al Parlamento Europeo que garantizara la regulación del trasvase de petróleo buque a buque y la correcta aplicación en los Estados miembros de la legislación de la UE en materia de medio ambiente, incluida la Directiva sobre hábitat. La Comisión de Peticiones considera que “las operaciones de trasvase buque a buque deberían realizarse prestando la debida atención a la seguridad medioambiental, guardando la correspondiente proporcionalidad con los riesgos y teniendo en cuenta las circunstancias locales. Los Estados miembros disponen ya en la actualidad de una serie de instrumentos para conseguir que las operaciones efectuadas en sus aguas se realicen con la seguridad necesaria, especialmente cuando se trata de zonas que están bajo su responsabilidad inmediata, como son puertos, estuarios y aguas territoriales. Sin embargo, la Comisión ha acogido con satisfacción en diversas ocasiones la adopción de nuevas medidas a nivel internacional destinadas a facilitar la seguridad de las operaciones buque a buque con carácter general”.

en la bahía de Algeciras vertiendo al mar una cantidad indeterminada de hidrocarburos que afectaron a diversos tramos de costa. El 17 de marzo de 2007 el petrolero *Samothraki*, de doble casco y bandera griega, cargado con 44.000 toneladas de fuel, procedente de Libia y con destino al Reino Unido, embarrancó en los bajos de Punta Europa en el momento en que estaba accediendo al puerto de Gibraltar para realizar una escala técnica.

Sin perjuicio de la relevancia de los accidentes señalados, fue el buque *New Flame* el gran protagonista del año 2007. El 12 de agosto de 2007 el buque chatarrero *New Flame* invadió la ruta del petrolero *Torm Gertrud*, y ambos buques colisionaron en el Estrecho de Gibraltar; como consecuencia de este incidente el buque *New Flame* quedó encallado y semihundido en Punta Europa. Las autoridades gibraltareñas eran las competentes para actuar sobre el buque *New Flame*, ya que se encuentra en sus aguas, y fueron las encargadas de elaborar un plan de emergencia para solventar la situación y evitar perjuicios para el entorno marítimo.

Los Ministerios españoles de Medio Ambiente y Fomento también activaron sus planes de actuación, con el fin de controlar la existencia de cualquier riesgo para la seguridad marítima en el Campo de Gibraltar; mientras que la Comunidad Autónoma de Andalucía activó el Plan Territorial de Emergencias. Las autoridades españolas también solicitaron a la Agencia Europea de Seguridad Marítima el envío de uno de sus buques anticontaminación a la zona afectada.

Un año después del accidente el buque *New Flame* continuaba hundido en las aguas del Estrecho, junto con su carga de más de 43.000 toneladas de chatarra. Desde las instituciones comunitarias se ha prestado especial atención a este accidente y se han iniciado las investigaciones pertinentes para dilucidar si las autoridades competentes han actuado correctamente y si se ha producido algún incumplimiento de las disposiciones comunitarias⁵.

⁵ El Parlamento Europeo aprobó en abril de 2008 una Resolución sobre el hundimiento del *New Flame* en la que solicita a la Comisión que verifique si las autoridades competentes han actuado de forma correcta, y adopte medidas legales en caso de que sea necesario. Los diputados también exigen información sobre el cargamento del buque y los plazos para su transporte fuera de la bahía. La Cámara insta a la Comisión a que exija a las autoridades competentes que faciliten “información sobre el cargamento del buque y los planes y plazos para transportar el buque fuera de la bahía y para supervisar el riesgo de contaminación que podría desprenderse del cargamento”.

Durante el año 2008 han continuado los accidentes, el 14 de agosto de 2008 se producía un nuevo accidente; en este caso se vieron involucrados un portacontenedores español, el buque *Verónica B*, y un petrolero de bandera panameña, el buque *Ginga Saker*. La colisión se produjo cuando el buque español tuvo que realizar una maniobra de emergencia para evitar la colisión frontal con el petrolero; el portacontenedores español se golpeó con uno de los espigones del puerto gibraltareño tuvo que ser remolcado hasta el puerto del Peñón. En el mes de octubre de este mismo año, y como consecuencia del fuerte temporal que azotó Andalucía, dos cargueros de bandera liberiana, *Fedra* y *Tawe*, encallaron en aguas del estrecho en menos de 24 horas. El primero de los buques se partió en dos derramando alrededor de 150 toneladas de combustible.

Los riesgos analizados tienen como referencia el transporte de mercancías y la actividad de las instalaciones portuarias gibraltareñas, realidad a la que deben ser añadidos los riesgos de las actividades turísticas marítimas. En los últimos años se ha producido un considerable aumento del turismo de cruceros en los puertos andaluces, un modelo turístico que necesita de una planificación anticontaminación que pueda hacer frente a los riesgos innatos al transporte marítimo y a los deshechos generados por el buque y todo su pasaje. El turismo náutico también se ha desarrollado de forma destacada en Andalucía, generando una industria de gran relevancia que atiende a locales y foráneos. La proliferación de puertos deportivos a lo largo del litoral andaluz es una buena muestra de la creciente demanda de actividades náuticas. El impacto ambiental de las embarcaciones de recreo no debe ser subestimado, máxime cuando el número de estas embarcaciones aumenta progresivamente cada año.

3. EL MARCO NORMATIVO. ORIGEN DEL PLAN Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

1. Perspectiva estatal

En base al esquema de distribución de competencias y a la actual Ley so-

El Defensor del Pueblo Andaluz, Sr. José Chamizo, también inició actuaciones de oficio con el objetivo de comprobar si las autoridades competentes habían actuado conforme a las disposiciones comunitarias vigentes. En respuesta a estas actuaciones la Comisión Europea a instancia del Defensor del Pueblo Europeo ha decidido abrir una investigación para determinar si ha existido algún tipo de incumplimiento de las disposiciones comunitarias por parte de las instituciones encargadas de la administración y gestión de las consecuencias derivadas del choque entre los buques.

bre Puertos del Estado y Marina Mercante, corresponde a la Administración General del Estado la elaboración del Plan nacional de servicios especiales de salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino⁶. Los fines de este plan se centran en la coordinación de los medios disponibles en las distintas administraciones públicas, la implantación de un sistema de control de tráfico marítimo, y el impulso y el desarrollo de los medios personales y materiales.

La aprobación de esta planificación es competencia del Gobierno a propuesta del Ministerio de Fomento, y las directrices que establece en torno a la movilización y coordinación de recursos deben ser respetadas por los planes elaborados por las distintas Comunidades Autónomas. El vigente Plan Nacional de Salvamento para el periodo 2006 – 2009 establece tres objetivos: la prevención, la reacción ante las catástrofes y la mejora en el seguimiento y control de los sectores de actividad con riesgos singulares; entre las prioridades del Plan se encuentra el establecimiento de medidas para mejorar la coordinación con las Comunidades Autónomas.

Las referencias estatales se completan con la Ley 2/1985, de 21 de enero sobre Protección Civil, ya que es esta norma la que regula en el ámbito de las competencias estatales la actuación de los poderes públicos ante situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, y la protección y socorro de personas y bienes en los casos en que dichas situaciones se produzcan. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, a propósito del esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección civil, en aquellos supuestos en que la situación de catástrofe o emergencia comprometa al interés nacional, la competencia autonómica deberá ceder a la competencia de la Administración General del Estado. El Tribunal Constitucional considera que “no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias: Esto es, tanto competencias de tipo normativo (disponiendo e instrumentando técnicas de coordinación) como de tipo ejecutivo, asumiendo las instancias estatales tareas de dirección. Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas encuentran pues, su límite, en la policía de seguridad pública que la

⁶ El art. 87 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, del Estado y de la Marina Mercante, regula los caracteres básicos del Plan nacional de servicios especiales de salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino.

Constitución reserva a la competencia estatal en su artículo 149.1.29, en cuanto tal seguridad pública presenta una dimensión nacional, por la importancia de la emergencia, o por la necesidad de una coordinación que haga posible prevenir y, en su caso, reducir los efectos de posibles catástrofes o emergencias de alcance supraautonómico”⁷.

El esquema de planificación estatal sobre protección civil se regula con carácter genérico en los artículos 8 y 9 de la Ley 2/1985, que establecen una estructura marcada por una norma básica de Protección Civil en la que se establecen las directrices esenciales para la elaboración de los planes territoriales (autonómicos, provinciales y supramunicipales, insulares y municipales) y de los planes especiales (por sectores de actividad, tipos de emergencia o actividades concretas)⁸. La norma estatal introduce como requisito previo a la aplicación de los planes de las Comunidades Autónomas, aprobados por sus respectivos Consejos de Gobierno, su homologación por parte de la Comisión Nacional de Protección Civil. Este procedimiento de homologación trata de garantizar que los planes se acomodan al contenido y criterios de la norma básica.

La legislación vigente reconoce la competencia del Ministerio de Fomento para desarrollar el Plan Nacional de Salvamento mediante programas sectoriales y territoriales. En ejercicio de esta facultad el Ministerio de Fomento aprobó mediante Orden Ministerial de 23 de febrero de 2001 el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marina Accidental. A través de este instrumento se concretan las medidas previstas en el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, y se regula la organización de los recursos humanos y materiales que permiten hacer frente a un suceso de contaminación marina⁹.

⁷ STC 133/1990, de 19 de julio de 1990, ponente L. López Guerra, (RTC 1990\133), fundamento jurídico 6º.

⁸ Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil.

OCHOA MONZÓ, J., “La seguridad marítima y el sistema de protección civil: una convergencia necesaria”, en MEILÁN GIL, J., (dir), PERNAS GARCÍA, J. y GARCÍA PÉREZ, R., (coords), *Estudios sobre el Régimen Jurídico de los Vertidos de Buques en el Medio Marino*, Aranzadi, 2006, págs. 267–291.

⁹ MEILÁN GIL, J., *Problemas Jurídico-Administrativos Planteados por el Prestige*, Aranzadi, 2005, pág. 123.

La incidencia de esta planificación estatal en la actuación de las Comunidades Autónomas queda definida en el propio texto de la Orden, ya que entre los objetivos principales del Plan se encuentra “definir los criterios básicos que han de cumplir la Comunidades Autónomas y otras entidades en la realización de sus Planes de Contingencia Territoriales e Interiores con el fin de adaptarse a las normas de los Tratados Internacionales y recomendaciones sobre la materia, sentando las bases que permitan una acción coordinada y eficaz con los medios humanos y materiales adscritos a distintos Planes que operan conjuntamente en un mismo suceso de contaminación marina accidental”.

El contenido mínimo de los Planes Territoriales que deben elaborar las Comunidades Autónomas se concreta en la Orden Ministerial, y comprende los siguientes apartados: ámbito de aplicación, niveles de respuesta ante un suceso con riesgo de contaminación, dirección del Plan, composición y funciones de los órganos de dirección y respuesta, órganos auxiliares, Centro de Coordinación Operativa, mecanismos de activación del Plan Territorial, coordinación con el Plan Nacional e integración de un Plan Interior, procedimiento de actuación, fin de la emergencia, inventario de medios disponibles, programa de adiestramiento y ejercicios periódicos de simulación de activación del Plan Territorial y procedimiento de revisión del Plan Territorial. Estos apartados pueden ser agrupados en tres grandes secciones: caracteres del Plan, estructura organizativa y procedimiento de activación.

El Plan Nacional es activado ante un derrame en el mar de productos contaminantes que tenga origen en un accidente marítimo acaecido en la costa o en aguas jurisdiccionales españolas, y en el que estén involucrados uno o más buques; o bien cuando los medios disponibles en el puerto, terminal o Comunidad Autónoma afectados no sean suficientes para hacer frente al derrame. La diversidad de administraciones implicadas y de planes aplicables obliga a clarificar las competencias, y el Plan dedica un apartado específico a esta materia. De esta forma, la dirección general de la emergencia y la coordinación de los medios disponibles se dilucida en función de los planes que estén activados, mientras que los planes interiores se incardinan en el plan superior (territorial o nacional), la coordinación de los planes territoriales y el nacional exige la creación de un organismo rector formado por representantes de la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma.

2. Perspectiva autonómica

El origen de la planificación andaluza sobre emergencias tiene su base en el Plan Territorial de Emergencia de Andalucía (PTEAnd)¹⁰, elaborado siguiendo las previsiones de la norma estatal sobre protección civil, previamente analizada. Este Plan se encuentra “dirigido a la protección de las personas, los bienes y el medio ambiente, a través del establecimiento de una estructura orgánica–funcional y de unos procedimientos operativos que aseguren la respuesta en las emergencias generales que se produzcan dentro del territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza, y siempre que éstas no sean declaradas de interés nacional”.

La consideración del PTEAnd como Plan Director tiene dos consecuencias clave, de un lado este Plan traza el marco general de la planificación de emergencias en la Comunidad, y de otro es el eje para la ordenación de la planificación. El Plan Territorial establece las directrices básicas de la planificación sobre emergencias en el territorio andaluz y los elementos esenciales del proceso de planificación. Por otro lado, el PTEAnd integra los Planes Territoriales de Emergencia de ámbito inferior, los Planes Especiales de Emergencia de Comunidad Autónoma, los Planes Específicos de Emergencia, los Planes de Emergencia Interior/Autoprotección, y los Planes Sectoriales aplicables a situaciones de emergencias.

El PECLA se define como un Plan Específico de Emergencia, por tanto el PTEAnd actuará como complemento ante aquellas situaciones cuya gravedad puedan desbordar las previsiones del PECLA; de esta forma el Plan Territorial actúa como soporte último del Plan Específico de Emergencia prestando sus recursos y medios ante un riesgo de magnitudes superiores a sus posibilidades de actuación.

La Ley 2/2002 de Gestión de Emergencias de Andalucía¹¹ ha concretado las notas definitorias de los planes específicos de emergencia y ha regulado su procedimiento de elaboración. En virtud de lo previsto en el artículo 13.2 “son

¹⁰ Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 13 de octubre de 1999, por el que se aprueba la publicación, se otorga carácter de Plan Director y se determina la entrada en vigor del Plan Territorial de Emergencias de Andalucía (BOJA núm. 130, de 9 de noviembre de 1999).

¹¹ Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía (BOJA).

planes específicos de emergencia aquellos elaborados para hacer frente a las emergencias generadas por riesgos de especial significación en Andalucía, cuya naturaleza requiera una metodología técnico-científica adecuada para ello, y así haya sido apreciada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, mediante la aprobación de la correspondiente norma marco, que, en todo caso, establecerá el contenido mínimo a que deberán adaptarse los correspondientes planes específicos de emergencia”¹².

La Norma Marco de Planificación de Emergencia ante Contaminación del Litoral fue aprobada mediante Acuerdo de 23 de septiembre de 2003, del Consejo de Gobierno. Esta norma define las tipologías de riesgo que deben entrar en el ámbito de actuación de este modelo de planificación. Como requisito básico se exige que exista un riesgo de contaminación del litoral, que puede tener su origen en una causa de contaminación producida por una instalación mar adentro, un puerto, terminal marítimo o industria del litoral, o bien producida por un accidente marítimo en el que estén involucrados uno o más buques, tal como una colisión, una varada o avería.

Después de más de cuatro años desde la aprobación de esta Norma Marco, el 10 de junio de 2008, el Consejo de Gobierno acordaba la aprobación del Plan de Emergencia ante el riesgo de contaminación del litoral en Andalucía. La labor de las autoridades andaluzas en otros sectores fue más diligente, como muestra la aprobación del Plan de Emergencia ante el riesgo de accidentes en el transporte de mercancías peligrosas por carretera y ferrocarril en Andalucía y el Plan de Emergencia ante el riesgo de inundaciones en Andalucía¹³.

¹² El art. 13.5 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía dispone: “Los planes específicos de emergencia serán aprobados por el órgano colegiado superior de la Administración Pública competente por razón del ámbito territorial afectado. Corresponde su homologación a la Comisión de Protección Civil de Andalucía, atendiendo a los criterios establecidos en esta Ley, en sus disposiciones de desarrollo y en el Plan Territorial de Emergencia de Andalucía y, en todo caso, al contenido mínimo establecido en las correspondientes normas marco a que se refiere el apartado 2 del presente artículo”.

¹³ El Consejo de Gobierno aprobó en sesión celebrada el día 6 de julio de 2004, a propuesta de la Consejera de Gobernación, y previo informe favorable de la Comisión de Protección Civil de Andalucía, los Acuerdos por los que se aprueban el Plan de Emergencia ante el riesgo de accidentes en el transporte de mercancías peligrosas por carretera y ferrocarril en Andalucía y el Plan de Emergencia ante el riesgo de inundaciones en Andalucía. Después de su homologación por la Comisión Nacional de Protección Civil se ordenó la publicación de ambos Planes con fecha de 24 de junio de 2005 (BOJA núm. 146, de 28 de julio de 2005).

El Consejo de Gobierno reconocía en el texto de la Norma Marco que el litoral andaluz es muy vulnerable frente a potenciales riesgos, y a pesar del conocimiento de esta situación el tiempo transcurrido hasta la adopción del Plan de Emergencia denota una clara dejadez por parte de las autoridades andaluzas, máxime cuando en este período se sucedieron los accidentes con resultado de contaminación en el litoral andaluz.

3. LA EXPERIENCIA DE OTRAS COMUNIDADES

1. Cataluña

La primera Comunidad Autónoma que elaboró un plan especial de emergencias para la contaminación de las aguas marinas fue Cataluña. El Plan CAMCAT (Plan especial de emergencias por contaminación accidental de las aguas marinas en Cataluña) tiene como objetivo la coordinación de los diferentes medios involucrados para la lucha contra la contaminación marina derivada de un accidente. El texto del Plan incorpora una referencia expresa a la coordinación no sólo de las administraciones públicas sino también de las instituciones públicas y privadas que participen en estas operaciones, todo ello con el fin de obtener el máximo rendimiento de los medios disponibles.

Las funciones básicas del Plan CAMCAT son: “potenciar los medios de lucha contra la contaminación marina accidental; establecer un marco de colaboración para luchar contra la contaminación marina accidental, mediante los convenios y acuerdos adecuados; facilitar y agilizar la movilización de los recursos disponibles y hacer un uso racional de ellos; establecer la coordinación adecuada de las operaciones necesarias, independientemente de la titularidad de los medios utilizados; establecer los procedimientos de comunicación entre los diversos organismos implicados; promover la formación oportuna del personal especializado y facilitar la realización de ejercicios y simulacros mediante planes específicos”¹⁴.

¹⁴ Resolución JUI/2502/2003, de 4 de agosto, por la que se da publicidad al Acuerdo del Gobierno de 1 de agosto de 2003, por el que se aprueba el plan especial de emergencias por contaminación accidental de las aguas marinas en Cataluña (CAMCAT). (DOGC, nº 3954 de 26/08/2003).

GASULLA FERNÁNDEZ, N., “El Plan de Emergencias por Contaminación Accidental de las Aguas Marinas de Cataluña”, *II Jornadas Internacionales de Seguridad Marítima y Medio Ambiente*, A Coruña, 1-2 de diciembre de 2005.

El Plan catalán se estructura en seis grandes apartados en los que se detallan sus caracteres básicos. El primero de los apartados sitúa al Plan en el marco legal a nivel autonómico, estatal e internacional, además de establecer sus objetivos y conceptos básicos y el alcance territorial y corporativo del mismo. El Plan se activará ante aquellos episodios de contaminación del medio marino que puedan afectar al litoral catalán, cuando la costa catalana estuviera amenazada de contaminación como consecuencia de un accidente más allá de este litoral pero que origine una contaminación que amenace o pueda amenazar la costa catalana, o a requerimiento del Plan estatal.

El conocimiento del riesgo a que se encuentra sometido el litoral de Cataluña es objeto de estudio en el apartado segundo; el análisis de peligro y vulnerabilidad permite establecer un patrón de riesgo a partir del análisis de las zonas con una mayor probabilidad de contaminación y de la valoración del impacto de dicha contaminación en los ecosistemas y las actividades humanas.

La estructura organizativa del Plan responde a un esquema piramidal dirigido por el Comité de Emergencias. El segundo nivel está compuesto por el Coordinador de medios, el enlace entre los Centros de Coordinación Operativa Mar y Tierra, que responden a las respectivas competencias estatales y autonómicas. El medio terrestre y el marino disponen de dos centros de mando avanzado que aglutinan varios grupos de intervención especializados. En este organigrama destaca la existencia de un Comité Experto de Asesoramiento e Investigación con una función de asistencia técnico-científica centrada en la presentación de propuestas para la lucha anticontaminación. El Plan CAMCAT concluye con los apartados dedicados a la operatividad, los medios y recursos adscritos al Plan y las referencias a su implantación y mantenimiento.

2. Galicia

En el año 2003 la Comunidad Autónoma de Galicia aprobó el Plan Básico de Contingencias por Contaminación Marina para la defensa de los recursos pesqueros, marisqueros, paisajísticos, acuícolas y ambientales. Este Plan creó un marco normativo para la elaboración de planes a distintos niveles, desde aquellos elaborados para específicas industrias o instalaciones de riesgo hasta los planes de cada uno de los puertos y de las rías. Este instrumento de planificación también estableció una estructura administrativa que asumía la responsabilidad de las competencias autonómicas; como muestra del desarro-

llo de este plan fue adoptado el Primer Plan de Contingencias por Contaminación Marina de las Rías de Galicia¹⁵.

El Plan Territorial de Contingencias por Contaminación Marítima de Galicia fue aprobado por el Consejo de la Junta de Galicia con fecha de 16 de noviembre de 2006¹⁶. Tras la adopción del Plan Territorial se decidió la derogación del Plan Básico de Contingencias por Contaminación Marina para la defensa de los recursos pesqueros, marisqueros, paisajísticos, acuícolas y ambientales y del Primer Plan de Contingencias por Contaminación Marina de las Rías de Galicia; el nuevo Plan contenía y ampliaba los datos de los instrumentos de planificación previos, y con su mantenimiento tan sólo se favorecía la duplicidad de planes aplicables que resultaban reiterativos en su contenido¹⁷.

Este Plan, de aplicación en el litoral y la costa de Galicia, establece un conjunto de directrices sobre la estructura organizativa y los procedimientos básicos de actuación ante un supuesto de contaminación. En los apartados que componen este texto se incluyen las referencias a las distintas modalidades de actuación según la procedencia de la contaminación, y se catalogan los medios personales y materiales necesarios para hacer frente a las mismas. Con el fin de optimizar los recursos adscritos al Plan y ofrecer una respuesta más efecti-

¹⁵ Decreto 438/2003, de 13 de noviembre (Diario Oficial de Galicia, núm. 247, de 22 de diciembre de 2003).

Orden de 26 de octubre de 2004 por la que se publica el Primer Plan de Contingencias por Contaminación Marina de las Rías Gallegas (Diario Oficial de Galicia, núm. 241, de 14 de diciembre de 2004).

¹⁶ Resolución de 23 de abril de 2007, de la Dirección General de Recursos Marinos, por la que se publica el Plan Territorial de Contingencias por Contaminación Marina de Galicia, (Diario Oficial de Galicia, núm. 88, de 8 de mayo de 2007).

SANZ LARRUGA, F., “La planificación de contingencias por contaminación marítima en España: régimen jurídico vigente, consideraciones críticas y propuestas de mejora”, en MEILÁN GIL, J., (dir), PERNAS GARCÍA, J. y GARCÍA PÉREZ, R., (coords), *Estudios sobre el Régimen Jurídico de los Vertidos de Buques en el Medio Marino*, Aranzadi, 2006, pág. 336 y ss.

BARRAGÁN MUÑOZ, J., “Planificación y gestión integradas en las áreas litorales”, en PÉREZ-RUZAFÁ, A., MARCOS, C., SALAS, F. y ZAMORA, S. (eds.), Universidad de Murcia, 1999, págs. 111 – 135.

¹⁷ Decreto 86/2007, de 29 de marzo, por el que se deroga el Decreto 438/2003, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Básico de Contingencias por Contaminación Marina para la defensa de los recursos pesqueros, marisqueros, paisajísticos, acuícolas y ambientales de Galicia, (Diario Oficial de Galicia, núm. 88, de 8 de mayo de 2007).

va y adaptada a las peculiaridades de cada zona se divide el territorio gallego áreas de actuación. La estructura y el contenido del Plan son prácticamente idénticos al Plan de Cataluña, que sin duda actuó como modelo para las autoridades gallegas.

3. Murcia

En el año 2006 el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia, en la sesión celebrada el 10 de marzo, aprobó el Plan Territorial de Contingencias por Contaminación Marina Accidental en la Región de Murcia (CONMAMUR). La finalidad última de este Plan, como se señala en el propio texto, es “establecer la organización jerárquica y funcional, así como los procedimientos de actuación de los recursos y servicios cuya titularidad corresponda a la Comunidad Autónoma de Murcia y los que puedan ser asignados al mismo por otras Administraciones Públicas o por otras Entidades Públicas o privadas, con el fin de dar la mejor respuesta a sucesos relacionados con la contaminación marina accidental, sea esta procedente de buque o artefactos flotantes, como la procedente de instalaciones situadas en tierra y cuyo vertido termine en el mar”.

El Plan CONMAMUR sigue el modelo trazado por las disposiciones nacionales, aunque incorpora algunas novedades con respecto a los planes elaborados por otras Comunidades Autónomas. Destaca el apartado dedicado a la gestión del personal voluntario, ya que incorpora toda una serie de medidas especiales que deben ser adoptadas para gestionar la llegada de voluntarios solicitados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La avalancha de voluntarios tras el accidente del *Prestige* y las deficiencias detectadas en la gestión de este grupo animaron a las autoridades murcianas a la inclusión de medidas específicas para este sector, que incluyen previsiones sobre su alojamiento, abastecimiento, transporte, y formación de equipos de trabajo a los que se dotará de los medios necesarios para desempeñar las tareas asignadas. La labor del voluntariado ante un supuesto de contaminación marina requiere de una coordinación por parte de personal cualificado para garantizar la seguridad de todos los participantes y la eficacia de la tarea que desempeñan, por ello el Plan de la Región de Murcia prevé que sean informados de las normas de autoprotección y de trabajo, así como de los tiempos de permanencia en las zonas de trabajo y los turnos de descanso.

4. Canarias

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias aprobó mediante Decreto de 20 de julio de 2006 el Plan Específico de Contingencias por Con-

taminación Marina Accidental de Canarias (PECMAR). El archipiélago canario es una zona de riesgo de contaminación elevada ya que esta zona se encuentra entre las grandes rutas de tráfico marítimo. Cerca de las costas canarias circulan anualmente un importante número de petroleros, además de buques de otra naturaleza, lo que multiplica las posibilidades de accidentes y vertidos contaminantes.

Durante el año 2008 se creó la Comisión de trabajo de seguimiento para la implantación, el mantenimiento y la actualización del PECMAR¹⁸. Este órgano colegiado es el competente para asesorar sobre las medidas más adecuadas para la implantación y el mantenimiento de la operatividad del Plan, así como su actualización periódica. En aquellos supuestos en que se produzca una situación de riesgo la Comisión debe analizar la situación de riesgo, valorar las posibles contingencias y proponer, en su caso, la activación o no del Plan. A través de esta Comisión las autoridades autonómicas otorgaron un nuevo impulso al desarrollo del Plan y a su efectividad.

5. Valencia

La Comunidad Valenciana presentó en noviembre de 2006 el borrador del Procedimiento de Actuación frente a la Contaminación Marina Accidental en la Comunitat Valenciana (PRAMCOVA) en el que se preveían los procedimientos de actuación ante un desastre que afectase a la contaminación de las aguas marinas de la Comunidad. El Director General de Interior, Sr. Pedro Hidalgo, manifestó que este documento era “un primer paso para la elaboración de un Plan Especial que recogerá todos los aspectos teóricos y prácticos para que cualquier tipo de contaminación en nuestras aguas, ya sea en alta mar o en las costas, se solucione de forma óptima”.

En marzo de 2007 la Comisión de Protección Civil de la Comunidad Valenciana informó favorablemente el contenido del Procedimiento de Actuación frente al riesgo de contaminación marina accidental elaborado por la Dirección General de Interior. En mayo de 2007 fue adoptada la Orden de 24 de mayo de 2007, de la Consejería de Justicia, Interior y Administraciones Pú-

¹⁸ Orden de 9 de mayo de 2008, por la que se crea la Comisión de trabajo de seguimiento para la implantación, el mantenimiento y la actualización del Plan Específico de Contingencias por Contaminación Marina Accidental de Canarias (PECMAR), (BOC N° 107. Jueves 29 de Mayo de 2008).

blicas, por la que se aprueba el Procedimiento de Actuación frente al riesgo de contaminación marina accidental en la Comunidad Valenciana¹⁹.

6. Baleares

La última Comunidad Autónoma que ha elaborado una planificación propia para la contaminación marina accidental ha sido Baleares, que aprobó a fines de 2008 el Plan Especial de Contingencia por Contaminación Accidental de Aguas Marinas de las Islas Baleares (CAMBAL)²⁰. El Plan balear se divide en cuatro apartados principales en los que se atiende a su objetivo y alcance, estructura y organización, operatividad e implantación.

El apartado dedicado a la implantación del Plan merece una especial atención por cuanto incorpora un epígrafe dedicado al programa de formación. Comprende las acciones formativas para asegurar el conocimiento del Plan por parte de la totalidad de los organismos y operativos intervinientes. Con este programa de formación se persigue difundir los caracteres esenciales del Plan y el riesgo de contaminación accidental de aguas marinas que existe en las Islas Baleares; los destinatarios de estas sesiones formativas recibirán información sobre el marco legal donde se desarrolla la planificación, la estructura, funciones, procedimientos y responsabilidades en el Plan, y los protocolos interinstitucionales de coordinación y colaboración previstos. Cualquier sujeto que intervenga en el desarrollo o ejecución del Plan es destinatario de este programa formativo, por ello el Plan distingue distintos grupos de formación específicos para los directivos, los mandos intermedios y los operativos de base y voluntarios.

El Plan CAMBAL incide en la información preventiva a la población, a diferencia de otros Planes que le han precedido que se centraban en la atención a los ciudadanos tras el accidente, y que eran modelos reactivos y no preventivos. El Plan balear apuesta por el conocimiento de la población del Plan, y por su concienciación sobre los riesgos que afectan al medio marino. La información a la población también incluye las oportunas referencias de pro-

¹⁹ Diario Oficial de la Comunidad Valenciana, núm. 5524, de 31 de mayo de 2007.

²⁰ Decreto 126/2008, de 21 de noviembre, por el cual se aprueba el Plan Especial de Contingencia por Contaminación Accidental de Aguas Marinas de las Islas Baleares (CAMBAL) (BOCAIB de 2 de diciembre de 2008).

tección necesaria en caso de emergencia. El Plan distingue entre las medidas de autoprotección personal y las pautas para casos de accidente. Mientras que las medidas de autoprotección personal son aquellas medidas sencillas que pueden ser llevadas a cabo por la población y deben divulgarse en la fase de implantación del Plan; las pautas para casos de accidente tienen que ser adoptadas por los ciudadanos en caso de accidente y serán difundidas a través de los medios de comunicación.

En el epígrafe dedicado a la operatividad, el Plan balear incluye varios apartados en los que trata de “definir los campos de actuación en función de las competencias de las diferentes autoridades involucradas en la gestión de la emergencia y tener en cuenta los mecanismos de coordinación de las operaciones de cada uno de los grupos de acción”. Esta coordinación lleva aparejada la actuación conjunta con los planes interiores y el Plan Nacional, e incluye referencias a la colaboración de las Fuerzas Armadas y la solicitud de medios de auxilio de la Unión Europea o del Regional Marine Pollution Emergency Response Center (REMPEC). La petición de colaboración y apoyo a las Fuerzas Armadas, a la Unión Europea o al REMPEC se realiza a través del delegado del Gobierno en las Islas Baleares. En el caso de las Fuerzas Armadas se prevé que un representante de la autoridad militar se integre en el Consejo Asesor, con el fin de actuar de enlace con los mandos de las unidades participantes.

7. País Vasco

La Ley vasca sobre gestión de emergencias adoptada en 1996²¹ ya comprendía la elaboración de un plan de salvamento marítimo de Euskadi, que sería aprobado por el Gobierno Vasco, a propuesta conjunta de los Departamentos competentes en materia de Transportes, Interior y Medio Ambiente, y cuyo contenido permitiría su integración en los planes de ámbito supraautonómico. La Disposición Adicional Segunda de esta norma enunciaba dos objetivos básicos del Plan: “a) Coordinar la actuación de los distintos medios capaces de realizar operaciones de búsqueda, salvamento de vidas humanas y lucha contra la contaminación marina pertenecientes a las Administraciones públicas vascas, así como a instituciones públicas y privadas; b) Potenciar los medios de salvamento y lucha contra la contaminación marina ya existentes y formar personal especializado”.

²¹ Ley 1/1996, de 3 de abril, de gestión de emergencias (Boletín Oficial del País Vasco, núm. 77, 22 de abril de 1996).

Desde la entrada en vigor de la norma sobre gestión de emergencias el Gobierno vasco ha elaborado varios planes, como el Plan de emergencia ante el riesgo sísmico, el Plan Especial de Emergencia ante el riesgo de accidentes en el transporte de mercancías peligrosas por carretera y ferrocarril, el Plan especial de emergencias ante el riesgo de inundaciones y el Plan de emergencia para incendios forestales. Sin embargo, y a pesar de las específicas previsiones de la Ley de Emergencias del País Vasco no se ha aprobado el Plan de salvamento marítimo de Euskadi, ni se ha adoptado ningún Plan Especial para la lucha contra la contaminación marina accidental.

En el ámbito portuario la labor de planificación se ha centrado en la elaboración de los planes de emergencia interior y planes de contingencia por contaminación marina accidental de los puertos vascos; iniciativas que ya en el año 2003 se desarrollaron en los puertos de Hondarribia, Getaria, Ondarroa y Bermeo, y posteriormente en Donostia–San Sebastián, Orío, Zumaia, y Mundaka, entre otros.

Las competencias de la Administración General del Estado en materia de salvamento marítimo han bloqueado la elaboración de un Plan autonómico en esta materia; no obstante la Comunidad Autónoma del País Vasco, al igual que el resto de Comunidades, es competente para elaborar planificación sobre la contaminación marina o del litoral en los términos ya analizados²².

²² Esta ausencia de planificación contrasta con los antecedentes ya históricos de planificación en el territorio vasco. Cabe destacar que en el año 1978 ya existía un plan específico para combatir cualquier posible contaminación por hidrocarburos de las aguas costeras vizcaínas. Siguiendo la información aparecida en el Diario *El País*, con fecha de 13 de agosto de 1978, en el artículo titulado “Plan para combatir la contaminación de las aguas costeras vizcaínas por hidrocarburos”, este plan seguía un programa de ámbito estatal y fijaba tres tipos de alarmas según la gravedad del vertido, “para poner en marcha un sistema de control permanente que permita conocer los movimientos de una presunta marea negra. La alarma Petróleo uno da cuenta de la aparición de un excesivo número de módulos de alquitrán o indicios de hidrocarburos. Petróleo dos sirve para definir una emergencia portuaria por vertidos durante la carga, y descarga de crudos, mientras que la alarma Petróleo tres se reserva para el caso de un derrame de grandes proporciones, del estilo de los que se registran en casos de colisiones de petroleros. Una oficina ubicada en la propia Comandancia de Marina se encargará de recoger puntualmente cualquier dato en unos grandes paneles que permiten seguir la evolución de cualquier mancha dentro de las aguas territoriales de Vizcaya, incluido el interior del puerto de Bilbao. Una guardia permanente, dotada de equipos radiotelefónicos, puede detectar con prontitud cualquier anomalía y dar aviso, en su caso, a los responsables del plan. Se pretende, en definitiva, obtener una respuesta rápida que, en ocasiones, es el único método eficaz para que las temidas mareas negras no lleguen a las costas”. Información consultada en la versión electrónica del Diario *El País*, (www.elpais.com).

8. Iniciativas de futuro

Las restantes Comunidades Autónomas se encuentran en distintas fases de la elaboración de su planificación. La Comunidad Autónoma de Cantabria aún no ha comenzado a desarrollar los trabajos de redacción de una planificación sobre la contaminación marina accidental, pero en el calendario de trabajo del Gobierno cántabro esta iniciativa comenzará a desarrollarse a lo largo del segundo trimestre del año 2009.

El Principado de Asturias también se encuentra ultimando su Plan de Contaminación Marina Accidental (PLACAMPA)²³. El Gobierno del Principado dispone de un plan marco que regula la planificación de todas las emergencias, el Plan Territorial del Principado de Asturias, y de una serie de planes especiales para actuaciones concretas el transporte de mercancías peligrosas o los incendios forestales. A esto hay que sumar también la existencia de protocolos específicos para las nevadas, la vigilancia y actuación en playas o acontecimientos como el Descenso del Sella.

4. EL CONTENIDO DEL PLAN

El Plan andaluz expone claramente sus líneas prioritarias de actuación desde su apartado introductorio, identificando la siniestralidad marítima con el vertido de derivados del petróleo y centrandlo su objetivo en las situaciones de emergencia. El tráfico marítimo que soporta el litoral andaluz es heterogéneo y abarca desde petroleros hasta buques chatarreros, además de submarinos nucleares, embarcaciones de recreo y buques dedicados al transporte de pasajeros. Cualquier emergencia vinculada a la contaminación de las aguas y el litoral andaluz puede tener origen en una de estas embarcaciones. Limitar el riesgo al transporte marítimo de derivados del petróleo significa obviar la realidad del transporte marítimo andaluz y los accidentes que ya se han sucedido en nuestro litoral, así como las protestas de todas aquellas poblaciones andaluzas alarmadas por la desprotección de su entorno marino. Si bien a lo

²³ Con fecha de 11 de marzo de 2008 la Consejera de Presidencia, Justicia e Igualdad, Sra. María José Ramos Rubiera presidió el pleno de la Comisión de Protección Civil en el que se presentó el informe sobre los planes especiales de emergencia en Asturias, y donde se informó que se encuentran en fase de elaboración el plan de Contaminación Marina Accidental en las costas asturianas y el protocolo de actuación destinado a prever los riesgos en caso de inundaciones.

largo del texto del Plan no se vuelve a incidir en el transporte de petróleo y sus derivados, la introducción debiera incluir una referencia genérica a la compleja problemática del litoral andaluz, atendiendo a las diferentes fuentes de contaminación.

Los autores del Plan justifican la especial atención que reciben los riesgos derivados del transporte de hidrocarburos “por ser los de mayor relevancia y magnitud de impacto. Se ha tenido en cuenta que los hidrocarburos son los productos de mayor representatividad en el transporte marítimo (...) Asimismo, el impacto ecológico y socioeconómico de este tipo de vertidos en el litoral suele ser significativamente mayor que el de aquellos producidos por accidentes en instalaciones e industrias”. Esta argumentación es la empleada para acreditar un estudio más profundo del riesgo de este tipo de transportes, si bien no se traduce en medidas concretas para atender a estos modelos de emergencias. Si las autoridades andaluzas consideran como prioritaria la atención a los accidentes vinculados al transporte de hidrocarburos debieran establecer medidas de actuación y de rehabilitación específicas, además de formar a personal cualificado para atender en este tipo de emergencias y disponer de los recursos apropiados a este mismo fin.

Las autoridades autonómicas han optado por distinguir dos grupos de medidas para la gestión del riesgo de contaminación del litoral por vertidos, la prevención y protección, y la planificación operativa para las situaciones de emergencia; desde los grupos ecologistas se ha criticado duramente esta decisión de deslindar el PLECA de cualquier referencia a la prevención de los supuestos de contaminación²⁴. En primer lugar cabe recordar cuál es el fin últi-

²⁴ “Verdemar critica que el Plan de Emergencias andaluz está «incompleto»”, artículo publicado en el *Diario Sur*, con fecha de 12 de junio de 2008. El portavoz del colectivo ecologista Verdemar-Ecologistas en Acción en el Campo de Gibraltar, Sr. Antonio Muñoz, criticó que el Plan de Emergencia contra el Riesgo de Contaminación del Litoral Andaluz está incompleto y presenta importantes lagunas en lo referente a la prevención, y afirmó que el Plan carece de contenido y “se limita a establecer planes de contingencia a raíz de una catástrofe sin incidir como debiera en el capítulo de la prevención”.

El Partido Popular también ha criticado el Plan andaluz al que considera insuficiente para atender a las situaciones de riesgo que afectan al litoral andaluz. Según información publicada en la versión electrónica del *Diario de Algeciras*, en el artículo titulado “El PP asegura que el nuevo Plan de la Junta contra los vertidos carece de contenido”, con fecha de 11 de junio de 2008, el diputado nacional del Partido Popular Sr. José Ignacio Landaluce manifestó que “el plan presentado por el ejecutivo andaluz no deja de ser un decálogo de buenas intenciones, y se limita a recoger las actuaciones de emergencia que deben desarrollarse en tierra, sin detrimento de la necesaria cooperación con las actuaciones marítimas competencia del Estado”.

mo de la elaboración de este modelo de planificación autonómica, como se afirma en el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marina Accidental: “Los Planes Territoriales se elaborarán para hacer frente a las consecuencias de una contaminación accidental de la costa perteneciente a una Comunidad Autónoma litoral, cualquiera que sea su origen”²⁵.

En las directrices nacionales que definen el contenido mínimo de los planes autonómicos no se incluye referencia alguna a la prevención, pero como ya se ha puesto de relieve en el análisis de la planificación elaborada por otras Comunidades, es posible la incorporación de medidas preventivas en el Plan Territorial. La Norma Marco, adoptada por el Consejo de Gobierno andaluz, expresamente reconoce la prevención de riesgos entre los objetivos del PECLA; en este sentido afirma que el Plan de Emergencia ante Contaminación del Litoral atenderá fundamentalmente a las actuaciones a desarrollar en tierra y se dirigirá a disponer medidas y herramientas de prevención de riesgos frente a la contaminación desde el mar al litoral.

El proceso de implantación del Plan incluye referencias a dos modelos de campañas de información, la primera dirigida a los miembros integrantes del Plan, que se acompaña de actividades de capacitación, y la segunda dirigida a las Entidades locales y los ciudadanos. Entre las campañas dirigidas a la población se encuentra una referencia a la información sobre el conocimiento de los riesgos potenciales, así como sobre las medidas de prevención y protección. El Plan debe incidir en estas actividades de concienciación de la población para la prevención de emergencias y fomentar un movimiento crítico ciudadano, que sobre la base del conocimiento del riesgo y de las medidas adoptadas por las autoridades competentes, se encuentre capacitados para informar sobre cualquier riesgo extraordinario que surja en su entorno marítimo y alertar de esta forma a las autoridades. Las sesiones formativas dirigidas a los miembros integrantes del Plan no incluyen referencias a la prevención. Los integrantes en cualquiera de los organismos que participan en el PECLA deben recibir una formación integral donde la prevención no puede ser excluida.

1. Marco normativo, objeto y ámbito de aplicación

El marco normativo básico que incluye el PECLA tan sólo hace referencia a los antecedentes estatales y autonómicos más inmediatos (Plan Nacional de

²⁵ Apartado 6.1.3 del Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marina Accidental, Orden Ministerial de 23 de febrero de 2001.

Contingencias por Contaminación Marina y Acuerdos sobre el PTEAnd y sobre la Norma Marco del PECLA), y a la ley estatal sobre protección civil y la ley andaluza de gestión de emergencias. A diferencia de otros planes autonómicos no se mencionan las disposiciones internacionales vigentes, ni las disposiciones estatales ni autonómicas que regulan el medio marino.

El Plan andaluz es de aplicación a la planificación, coordinación y dirección de las actuaciones en tierra en un supuesto de emergencia por contaminación del litoral. El ámbito territorial abarca todo el litoral de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aunque en el texto del Plan se destacan “especialmente aquellas zonas de mayor riesgo previsible”. Cabe precisar que las provincias incluidas en el análisis de riesgo son Almería, Granada, Málaga, Cádiz, Sevilla y Huelva, es decir, todas las provincias litorales más Sevilla, ya que se considera dentro del dominio público marítimo-terrestre por influencia mareal, a través de áreas estuarinas y marismas. Esta interpretación extensiva del ámbito territorial del PECLA resulta cuanto menos sorprendente ya que el término litoral se define como perteneciente o relativo a la orilla o costa del mar²⁶. El impacto de la contaminación del litoral no conoce de fronteras provinciales y alcanzará incluso a las provincias andaluzas de interior, pero esta realidad no puede extender arbitrariamente el ámbito de aplicación del Plan de Emergencia ante riesgo de contaminación del litoral de Andalucía, sino que debe estar prevista en otros modelos de planificación más adecuados a sus necesidades.

El resultado del análisis de riesgo no se encuentra incorporado al texto del Plan, que se remite a una cartografía temática en la que se ha dividido en zonas el territorio para valorar el riesgo socioeconómico y ecológico en cada una de ellas. La finalidad de esta zonificación es conocer las posibles consecuencias de un vertido y poder realizar previsiones sobre los medios y recursos necesarios. Entendemos que en la citada cartografía temática se incorporará una mención especial a las zonas de mayor riesgo previsible, atendiendo de esta forma a la previsión que realiza el Plan en el epígrafe dedicado a su objeto y ámbito.

El PECLA busca ser la respuesta ante situaciones de emergencia con un resultado de contaminación del litoral andaluz, para alcanzar este fin el Plan

²⁶ Definición del *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, vigésimo segunda edición, versión electrónica disponible en la página web www.rae.es.

andaluz establece tres frentes de actuación: creación de una estructura organizativa, establecimiento de los procedimientos de actuación, y configuración de un marco para la mejora de la eficacia y coordinación de los medios y recursos disponibles.

2. Estructura organizativa

El Plan andaluz se compone de una doble estructura, provincial y regional, que se activa en función de la extensión y la magnitud de la emergencia. El organigrama del PECLA se distribuye en dos niveles principales: directivo y operativo. El nivel directivo está compuesto por el Director del Plan, el Comité Asesor, el Gabinete de Información, el Comité Técnico-Científico y el Órgano de Participación. La regulación que realiza el Plan de cada uno de estos órganos abarca tanto las referencias al nivel provincial como al regional, y asumen las mismas funciones en ambos casos. La estructura a nivel provincial no comprende la constitución del Comité Técnico-Científico ni la del Órgano de Participación, esta exclusión es errónea y obvia la relevancia del asesoramiento técnico y científico y de la participación ante un supuesto de emergencia de los entes y colectivos sociales implicados.

En estos dos órganos también cabe destacar la indeterminación de sus integrantes, en ambos casos el PECLA afirma que “la determinación de sus integrantes corresponde a la Dirección regional del Plan”; tan sólo como referencia se prevé la participación de representantes y técnicos de un conjunto de organismos y entidades. Cada modelo de emergencia va a exigir la presencia de un grupo de expertos así como de un conjunto de colectivos sociales y profesionales afectados, en función del territorio al que afecta y de la naturaleza de la contaminación, pero ello no es óbice para instaurar un núcleo básico y prefijado de participantes en estos órganos cuya presencia resulta indispensable ante cualquier supuesto de contaminación litoral. Un claro ejemplo sería la participación de centros de investigación y departamentos universitarios en relación con la materia, en el caso del Comité Científico-Técnico, y de las asociaciones ecologistas y las cofradías de pescadores, para la configuración del Órgano de Participación.

El nivel operativo está formado por un conjunto de órganos técnicos y se conforma de tres estamentos diferenciados: el Comité de Operaciones, el Centro de Operaciones y los Grupos Operativos. El Comité de Operaciones es el encargado de ejecutar las líneas de actuación adoptadas en el nivel directivo, y de dotar de operatividad y coordinación a todos los efectivos implicados. Mientras que el Centro de Operaciones se compone de dos órganos de actua-

ción: el Centro de Coordinación Operativa, encargado de las comunicaciones, y el Puesto de Mando Avanzado, el equipo directivo de campo desplazado a las proximidades del incidente. El último eslabón de la cadena operativa está constituido por los Grupos Operativos, es decir, unidades de trabajo especializadas en cinco áreas de actuación: seguimiento, intervención, sanidad, seguridad y apoyo logístico.

El Ministerio de Fomento ha previsto una serie de epígrafes que constituyen el contenido mínimo del Plan Territorial de una Comunidad Autónoma litoral, entre los que se encuentra un apartado dedicado a un inventario de medios disponibles. En la Orden Ministerial de 23 de febrero de 2001 se afirma que en este epígrafe se “describirán los medios materiales disponibles para la contención y recuperación de un derrame contaminante, incluyendo su localización en el territorio de la Comunidad y la identificación de los responsables de su custodia, mantenimiento y operación”. El PECLA no incluye previsión alguna en torno a los medios personales y materiales disponibles.

Las previsiones sobre los recursos disponibles son por completo inexistentes a nivel autonómico. Sin embargo para los Planes Locales se concede una gran relevancia a la relación actualizada de los medios y recursos del municipio. El organigrama que se define en el Plan andaluz toma como referencia el personal de organismos, entidades o empresas; como el personal adscrito a las Delegaciones Provinciales de las Consejerías de la Junta de Andalucía, las Demarcaciones de la Dirección General de Costa, los Servicios de Protección Civil, Cruz Roja, centros hospitalarios privados o empresa de transportes sanitario privadas. Estas previsiones no son concretas y la indeterminación es la característica predominante, ya que en ocasiones ni tan siquiera se hace referencia específica a la organización a la que se va a recurrir; un caso paradigmático se encuentra en el grupo de apoyo logístico que estará formado, entre otros, por personal técnico de Cruz Roja y otras ONGs, y de empresas de servicios y suministros públicas y privadas.

3. Coordinación con la Administración General del Estado

Entre los objetivos del PECLA se encuentra “asegurar una respuesta organizada que integre tanto los medios de la Comunidad Autónoma como aquellos otros asignados por otras Administraciones Públicas o por otras Entidades Públicas o privadas”. La cooperación e interrelación con la actuación de la Administración General del Estado en el ámbito marítimo parece una de las prioridades a lo largo de todo el texto del Plan; sin embargo es una prioridad que no llega a materializarse en contenidos reales. El PECLA limita la coordi-

nación y la integración de medios de la administración andaluza y la estatal a nivel regional y provincial.

El organigrama del Plan andaluz se mantiene como esquema básico y se incluyen en el nivel directivo al titular de la Delegación del Gobierno en Andalucía como integrante del Organismo Rector, junto al titular de la Consejería de Gobernación, y a otros miembros asignados por la Administración General del Estado en cada uno de los órganos previstos (Comité Asesor, Gabinete de Información y Comité Científico-Técnico). El Comité de Operaciones se completa con dos Coordinadores de Operaciones, para las actuaciones marítimas y terrestres, designados por la Administración General del Estado y la Junta de Andalucía, respectivamente. En el nivel operativo se incorporan los Grupos de salvamento marítimo, operaciones aéreas y operaciones en el mar.

4. Procedimientos de actuación: Operatividad

El PECLA emplea como índices de clasificación de un accidente la fuente contaminante y su ubicación, por ello distingue entre los derrames accidentales con origen en un puerto o instalación costera, y los derivados de un accidente marítimo. Esta clasificación inicial no tiene repercusión alguna en los procedimientos y actuaciones a desarrollar por cada uno de los órganos implicados. Las fases en la gestión de las emergencias se determinan por nuevos criterios: gravedad, ámbito territorial y recursos a gestionar. A lo largo del texto del Plan no se incluye referencia alguna al origen del contaminante, sino que la gestión de la emergencia y la determinación de la gravedad de la situación de emergencia se basan en el nivel territorial afectado y su gravedad.

Las tres fases operativas son: preemergencia, emergencia y normalización. La fase de preemergencia se activa cuando se ha producido un accidente o un vertido y existe un riesgo de contaminación del litoral, es una fase caracterizada por la vigilancia, el intercambio de información y la realización de una evaluación inicial. La activación de la fase de emergencia supone el despliegue de medidas que tratan de evitar o reducir las consecuencias del vertido sobre el litoral; según la magnitud y extensión de la contaminación será de aplicación la planificación de ámbito local, provincial, regional o nacional.

Los procedimientos de avisos e información a la población adquieren una gran relevancia, puesto que una de las principales críticas que las poblaciones afectadas y las asociaciones ecologistas y profesionales han recriminado a las autoridades competentes tras cualquier accidente en el medio marino ha sido el oscurantismo sobre su origen, consecuencias y efectos sobre el territorio

contaminado. La ocultación a la población de los datos disponibles sobre las características del incidente o las medidas de autoprotección que deben ser adoptadas no sólo contradice los principios básicos de la actuación de cualquier Administración pública, sino que pueden llegar a multiplicar los efectos perniciosos de la contaminación por el desconocimiento de los protocolos de actuación más efectivos.

Las medidas de actuación previstas en el PECLA atienden a la protección de la población y de los bienes. Además de la información que debe ser suministrada a los ciudadanos afectados, el Plan prevé la aplicación de controles de acceso y movimientos de población y acciones sobre los servicios e infraestructuras esenciales. Las medidas de protección de bienes incluyen previsiones para la protección del medio ambiente, los bienes de especial interés y los bienes de interés económico.

El PECLA permanece activado hasta que se garanticen unas condiciones mínimas que permitan la vuelta a la normalidad en el entorno litoral afectado por el vertido. En esta última fase denominada de normalización se desarrollan medidas de reestablecimiento de los servicios mínimos básicos para las poblaciones afectadas.

5. Los Planes de Actuación Local

El último apartado del Plan andaluz se dedica a los Planes de Actuación Local (PAL), a elaborar por cada municipio litoral con el fin de disponer de una planificación que les permita actuar ante emergencias de contaminación. El PAL forma parte de la estructura municipal y autonómica de emergencias, por lo que debe ser homologado por la Comisión de Protección Civil de Andalucía e integrarse en el Plan de Emergencia Municipal.

Las principales previsiones que se establecen en el PAL se relacionan con su integración con el Plan andaluz. En este sentido se enmarca la creación de un Centro de Coordinación Operativo Local, cuya misión fundamental es la coordinación a nivel local de las actuaciones previstas en el PAL, a la vez que actuar como vínculo de integración con el PECLA. La Dirección del Plan de Emergencia de la Comunidad Autónoma va a recibir una información continua y completa de todas las medidas adoptadas desde la activación del PAL. A la vista de las circunstancias de la emergencia, el Director a nivel provincial del PECLA se encuentra legitimado para decidir la activación del Plan andaluz en su ámbito. Para garantizar la coordinación en las operaciones del Plan local y el regional un representante de la Entidad local se incorporará al Comité Ase-

sor y las unidades de actuación locales pasarán a formar parte de los Grupos Operativos del PECLA.

El PECLA establece el contenido mínimo del Plan Local, que respeta la misma estructura del Plan andaluz pero adaptada al ámbito municipal. Además de las previsiones contenidas en el Plan andaluz, el PAL debe incluir seis anexos en los que se facilitarán los datos relativos a zonas y poblaciones potencialmente afectadas, procedimientos de evacuación, zonas de seguridad con referencia a las áreas e instalaciones de alojamiento, catálogo de medios y recursos, relación de empresas obligadas a elaborar plan de protección y cartografía.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez analizada en detalle la realidad de la planificación sobre contaminación litoral en Andalucía, y teniendo presentes las previsiones elaboradas a nivel estatal y las iniciativas adoptadas por otras Comunidades Autónomas, se incluyen un conjunto de seis propuestas a incorporar al Plan de Emergencia ante el riesgo de contaminación del litoral de Andalucía con el fin de cubrir las lagunas detectadas en este texto y completar las previsiones ya adoptadas por las autoridades autonómicas.

1.- La opción de excluir del PECLA referencias a la prevención de las emergencias exige que las autoridades andaluzas elaboren un conjunto de medidas de prevención y protección que sirvan de complemento a este Plan. La política andaluza sobre el litoral se encuentra incompleta con la referencia en exclusiva a la planificación sobre emergencias. Sin perjuicio de este complemento necesario al contenido mínimo del PECLA, y que puede ser independiente de este Plan sin contravenir las disposiciones vigentes, sería oportuna la inclusión de algún tipo de referencia a la prevención de las situaciones de emergencia. El epígrafe dedicado a la implantación y mantenimiento sería el apartado idóneo en el que incluir unas referencias a la prevención que, aún básicas, debieran ser innatas en un Plan de estas características.

2.-El Plan andaluz tiene que concretar los medios personales y materiales de los que dispone. A nivel autonómico debe existir una dotación propia de recursos que permita hacer frente a un supuesto de contaminación litoral, máxime en una Comunidad Autónoma con una línea de litoral tan extensa como es la andaluza. Además de esta previsión de recursos regionales, la próxima revisión del PECLA sería la oportunidad para incluir en el texto del Plan una re-

ferencia a los medios locales disponibles, y los modelos de organización de estos recursos para su posible transferencia intermunicipal como apoyo ante una emergencia. Estas labores de coordinación deben liderarse por las autoridades autonómicas, que disponen de las competencias y los medios suficientes para asumir esta función. En cuanto a los medios personales previstos en el PECLA la ausencia de concreción redundaría en un claro perjuicio ante una situación de emergencia, donde la rapidez en la actuación impide realizar una selección de los posibles participantes que deben estar claramente incorporados en una base de datos, además de formados para afrontar una crisis en el litoral andaluz.

3.- El impulso a la investigación vinculada a la contaminación del litoral es un paso básico para el desarrollo de un marco legal y técnico adecuado en la lucha contra la contaminación; además del elemento esencial en la implantación de una política para la prevención de la contaminación marina y del litoral. En este contexto el PECLA ha olvidado las previsiones que sobre investigación y desarrollo se incluyeron en la Norma Marco que disponía la creación de un registro de emergencias por contaminación marina y costera, y la creación de una base de datos con las emergencias producidas por vertidos o derrames, entre otras iniciativas²⁷. El Plan andaluz debe cubrir esta laguna e incluir previsiones sobre investigación y desarrollo, en este sentido sería suficiente con recuperar el texto de la Norma Marco en este punto.

4.-La coordinación con la Administración General del Estado es deficiente, el PECLA no establece un marco real de coordinación sino que se limita a incluir a participantes de los órganos estatales en la estructura organizativa autonómica. Estas previsiones son inoperativas ante una situación de emergencia, en la que el protocolo de actuación y coordinación interadministrativa debe ser reglado y conocido al detalle por los órganos participantes. Un modelo adecuado y de fácil aplicación sería el aplicado para la “interfase

²⁷ El apartado 3.3.5.3 de la Norma Marco de Planificación de Emergencia ante Contaminación del Litoral (Acuerdo de 23 de septiembre de 2003 del Consejo de Gobierno) afirma: “El Plan de Emergencia ante la Contaminación del Litoral impulsará la creación de un registro de emergencias por contaminación marina y costera que facilitará el estudio y mejora de las técnicas. Se creará una base de datos con las emergencias producidas por vertidos o derrames. Asimismo se apoyarán las actuaciones de: a) Investigación y desarrollo de técnicas de lucha, descontaminación y recuperación de áreas afectadas por catástrofes ambientales; b) Elaboración de guías y documentos de apoyo a la gestión de emergencias ambientales relacionados con la prevención y las primeras medidas paliativas; c) Identificación de las necesidades materiales y nuevos equipamientos para la lucha contra la contaminación”.

de los Planes de Actuación Local y el Plan de Emergencia de la Comunidad Autónoma”. Sería coherente con el propio texto del PECLA que una vez activado el Plan andaluz, al igual que se exige a la Dirección del PAL, se mantenga informada a la Dirección del Plan estatal, con carácter inmediato, de forma continuada y durante todo el proceso en que el Plan se encuentre activado, sobre las medidas que sean adoptadas y la evolución de la situación.

5.–La relevancia de la labor del voluntariado ante una emergencia de contaminación del litoral andaluz no ha sido valorada en toda su dimensión en el texto del Plan. Como han puesto de relieve las catástrofes que han asolado las costas españolas en los últimos años, la implicación de los ciudadanos ante una situación de estas características es esencial para minimizar los efectos de la contaminación; por ello, y siguiendo las medidas que ya han incorporado otras Comunidades Autónomas, el PECLA tiene que introducir previsiones concretas para este colectivo. El texto vigente del Plan andaluz prevé la presencia de voluntarios entre los integrantes de los grupos de intervención y apoyo logístico, además de contar con la participación del Consejo Provincial de Voluntariado en el Órgano de Participación, y de realizar campañas de colaboración y apoyo en tareas de voluntariado. Estas referencias son insuficientes y no atienden a todas las necesidades del voluntariado que incluyen desde la formación, hasta el equipamiento adecuado, el alojamiento, transporte, etc.; previsiones que requieren de una planificación previa para facilitar la labor de este colectivo desinteresado y que ejemplifica la eficaz respuesta de la sociedad ante una emergencia.

6.– Las condiciones que determinan la desactivación del Plan no se encuentran claramente determinadas, queda a criterio de la Dirección; aunque del texto del PECLA parece deducirse que deben programarse e iniciarse las labores de normalización si bien no se precisa que deban alcanzarse objetivos mínimos en este sentido. En este punto consideramos que debe alcanzarse un mínimo de normalización para que pueda desactivarse por completo el Plan, máxime cuando es conocido que la contaminación del litoral tiene efectos prolongados en el tiempo y su erradicación presenta importantes dificultades.

El ámbito subjetivo de aplicación del Régimen de Incompatibilidades del personal al servicio de las Fundaciones

Manuel Mesa Vila

Abogado consultor de fundaciones del sector público

1. INTRODUCCIÓN

La reforma legal introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, mediante la cual se amplía el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, al personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas (artículo 2.1.g.), ha supuesto una importante novedad en el régimen jurídico y la gestión de los recursos humanos de determinadas fundaciones al incluir a su personal en el régimen general de incompatibilidades.

Lo mismo cabría decir de los máximos cargos ejecutivos de dichas fundaciones, que la Ley 3/2005, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y su reglamento de desarrollo, el Decreto 176/2005, incluye dentro del régimen de incompatibilidades, *los Presidentes, Directores y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las demás entidades de la Administración de la Junta de Andalucía, y de las fundaciones y consorcios con participación directa de la misma superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.*

Ambos regímenes difieren en las consecuencias jurídicas pero también, y esto es lo que más puede sorprender, en el criterio utilizado para la delimitación del ámbito de aplicación a las fundaciones: *dotación presupuestaria ordinaria*, en el caso del personal en general, y *participación directa*, para quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel. Se trata de criterios que delimitan realidades

completamente diferentes, que pueden dar pie a la confusión y que, inevitablemente, se traduce en inseguridad jurídica y dificultades añadidas de gestión.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados amplía los márgenes de interpretación y resulta poco práctico. En el presente artículo pretendemos traducir esos conceptos y delimitar criterios objetivos, basándonos para ello en antecedentes normativos y en la aplicación de soluciones analógicas, que permitan delimitar claramente cuando debemos entender que una fundación queda sometida al régimen de incompatibilidades y cuando no.

2. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL

La inclusión expresa del personal al servicio de las fundaciones en el ámbito del régimen de incompatibilidades, como hemos indicado, es un aportación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. El texto original de la Ley 53/1984 ni siquiera mencionaba a este tipo de entidades, en todo caso, podría hablarse de una interpretación analógica del original artículo 2.1.h. que incluía dentro del ámbito de aplicación *al personal que preste servicios en empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100.*

Hay que recordar que la incorporación expresamente recogida por ley de las fundaciones como entidades instrumentales de la Administración Pública es relativamente reciente y el peso específico que en la actualidad tienen no se podía ni imaginar a mediados de los ochenta cuando se publica el texto original de esta ley.

La Disposición Final Tercera de la Ley 7/2007, modifica el ámbito de aplicación de la ley de incompatibilidades incluyendo el apartado 2.1.g. en virtud del cual se encuentra dentro de su ámbito *el personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas.*

El precepto descrito, al igual que la práctica totalidad del contenido de la ley, se considera bases del régimen estatutario de la función pública, dictadas al amparo del artículo 149.1,18, de la Constitución.

El Real Decreto 598/1985, que desarrolla la Ley 53/1984, ha de entenderse también afectado por esta reforma, ya que su ámbito de aplicación se remite de manera expresa a la ley.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la primera norma de desarrollo que se dictó fue el Decreto 8/1985, que definía un ámbito de aplicación genérico del régimen de incompatibilidades establecido por la norma estatal *al personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y de los Organismos de ella dependientes, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.*

El reciente Decreto 524/2008, de 16 de diciembre, (BOJA núm. 6 de 12 de enero) por el que se regulan las competencias y el procedimiento en materia de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y del Sector Público Andaluz, reproduce prácticamente el ámbito de aplicación de la nueva redacción del artículo 2 de la ley estatal y considera incluido *al personal de los consorcios y fundaciones cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias y demás entidades de Derecho Público.*

Así pues, en el ámbito de las fundaciones queda claro que el requisito y elemento constitutivo de la situación jurídica de sometimiento al régimen de incompatibilidades del personal es el hecho de que la entidad se dote ordinariamente en más de un 50% de subvenciones u otros ingresos procedentes de la Administración de la Junta de Andalucía.

Resulta significativo que no se haya hecho una referencia más concreta y precisa y el decreto no incluya, para establecer su ámbito de aplicación, el concepto de fundaciones del sector público, perfectamente definido y delimitado en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, como sí hace por el contrario al referirse a las *sociedades mercantiles del sector público andaluz*. Ambos tipos de entidades instrumentales encuentran un tratamiento muy similar en la citada ley, por lo que no se entiende muy bien por qué en un caso sí se refiere al término jurídico preciso, caso de las sociedades, y sin embargo se aparta de ese criterio, incluyendo un concepto jurídico nuevo e indeterminado, cuando se refiere a las fundaciones.

Se trata, por tanto, de buscar elementos definitivos que permitan diferenciar cuando el personal de una fundación se encuentra sometido a régimen de incompatibilidades, para lo que el decreto no se sabe de antemano si ha ampliado o ha reducido el ámbito de aplicación al no referirse inequívocamente a las fundaciones del sector público como hubiera sido deseable.

El Decreto exige que en las fundaciones concurren dos elementos:

1. Que se dote en más de un 50 % de subvenciones u otros ingresos procedentes de la Junta de Andalucía.
2. Que esa dotación se produzca ordinariamente.

Las fundaciones que reúnen los requisitos para ser consideradas pertenecientes a la categoría de “fundaciones del sector público andaluz”, se pueden considerar, por su propia naturaleza jurídica, incluidas en el ámbito de aplicación del Decreto. Para ser consideradas como entes instrumentales de la Junta, las fundaciones han de cumplir con las circunstancias previstas en el artículo 55.1 de la Ley 10/2005, de Fundaciones que considera fundaciones del sector público andaluz:

- Aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía,
- Aquellas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.
- Aquellas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la Junta de Andalucía, a través de cualquiera de sus instituciones, entidades, órganos, organismos autónomos o empresas.

Como vemos, la financiación mayoritaria no es uno de los elementos determinantes para incluir a las fundaciones dentro de la categoría de fundaciones del sector público andaluz. Pero no siendo un elemento determinante en el momento de su constitución, sí es una característica fundamental en su funcionamiento y podemos afirmar que por su propia naturaleza jurídica, por la finalidad para la que se crean y su carácter instrumental respecto de la Junta de Andalucía, las fundaciones del sector público andaluz, tienen como sistema de financiación característico la dotación económica estable desde los presupuestos de la Junta de Andalucía, mediante subvenciones en unos casos y mediante sistema PAIF en otros.

Por lo tanto, podemos afirmar que el personal al servicio las fundaciones del sector público andaluz se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del Decreto 524/2008.

Pero la expresión utilizada como criterio delimitador es mucho más amplia “*fundaciones cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias y demás entidades de Derecho Público*” y con ello puede afectar a otras fundaciones que, no alcanzando la categoría legal de fundaciones del sector público andaluz, se financien mayoritariamente a través de subvenciones. Para estos casos, el Decreto utiliza el adverbio modal “ordinariamente”. Este es el auténtico concepto jurídico indeterminado que puede resultar clave a la hora de determinar si una determinada fundación se encuentra dentro del ámbito subjetivo del Decreto.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el adverbio “ordinariamente” como “*frecuentemente, regularmente, por lo común*”, por lo tanto en principio, no cabría exigir más que la situación de financiación mayoritaria se produzca una serie de ejercicios consecutivos para entender que estamos ante una situación de regularidad.

No obstante, si observamos el contexto en el que se encuentra la expresión, debemos matizarla jurídicamente, las consecuencias prácticas para el personal son muy relevantes. Hemos de entender que estamos intentando resolver sobre un régimen jurídico especial aplicable al personal que exige un cierto carácter estructural y que no puede responder a una mera coyuntura de uno o varios ejercicios concretos, exige en definitiva estabilidad, por lo que nos hace pensar en que el ejecutivo a la hora de redactar el reglamento ha tenido en el punto de mira a aquellas fundaciones concebidas con la vocación de dotarse regularmente con fondos procedentes de la Junta de Andalucía, esas fundaciones no son otras que las fundaciones instrumentales o fundaciones del sector público andaluz.

Obsérvese que la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público también utiliza el criterio de la *financiación mayoritaria de su actividad por parte de otros entes que deben ser considerados como poderes adjudicadores* (artículo 3.3.b) para delimitar las entidades que deben ser considerados poderes adjudicadores. En ese caso la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía y Hacienda ha dictaminado (Dictamen 18/2008) que *la calificación de poder adjudicador de un organismo debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones*. Con esta afirmación el órgano consultivo está dando carácter coyuntural a la categoría de po-

der adjudicador, es decir, una entidad puede ser poder adjudicador un año y al año siguiente puede dejar de serlo o viceversa y alternando tantas cuantas veces varíen sus circunstancias económicas.

No es posible extrapolar esta afirmación a nuestro ámbito, no se dan las circunstancias para hacer una aplicación analógica de este dictamen. De momento hemos de apuntar que la legislación de contratos omite el importante matiz de tiempo “ordinariamente”.

El sometimiento del personal al régimen de incompatibilidades exige por su propia naturaleza una cierta estabilidad en la consideración jurídica de la fundación de que se trate y entendemos que esa consideración y esa financiación ordinariamente pública debe haberse producido durante los últimos ejercicios, la mayoría de los ejercicios de vida de la fundación y debe exigirse también un componente predictivo ya que debe preverse que esa situación de financiación mayoritaria se va a seguir produciendo en los próximos años.

Con esta afirmación hacemos una interpretación muy amplia y tal vez algo generosa del adverbio “ordinariamente”, que paradójicamente restringe el ámbito de aplicación de la norma, pero consideramos que se ajusta más a las consecuencias jurídicas y al contexto en el que nos estamos moviendo.

Por último, una interpretación teleológica nos lleva a observar que el principio que el Decreto pretende salvaguardar es el principio fundamental de la dedicación del personal a un solo puesto o actividad pública, salvo las excepciones establecidas, consagrado por la Ley 53/1984, desde un punto de vista estricto solo las fundaciones del sector público están diseñadas y concebidas desde su origen para realizar parcelas de actividad pública que le sean encomendadas.

Si la fundación objeto de análisis participa en las características que hemos descrito en los párrafos anteriores, la consecuencia será que su personal está sometido a régimen de incompatibilidad y, por tanto, el ejercicio de una segunda actividad pública o privada requerirá, con carácter previo a su inicio, preceptiva autorización o reconocimiento de compatibilidad por el órgano competente, salvo las actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades en el artículo 19 de la Ley 53/1984.

La autorización, reconocimiento o denegación de la compatibilidad genérica o de la específica, corresponde a la persona titular de la Consejería de Justicia y Administración Pública. La instrucción de los procedimientos, por su

parte, corresponde a la Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía. Los órganos responsables de la gestión de personal de las entidades o centros en que la persona interesada desempeñe su primer puesto o actividad, deben facilitar la tramitación a la persona solicitante de la autorización o reconocimiento de compatibilidad.

3. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE ALTOS CARGOS

El régimen de incompatibilidades de altos cargos se encuentra regulado en la Ley 3/2005, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos y su norma de desarrollo, el Decreto 176/2005, de 19 de julio.

El artículo 2 de la ley, considera altos cargos de la Junta de Andalucía y, por tanto, dentro de su ámbito de aplicación, entre otros a:

h) Los Presidentes, Directores y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las demás entidades de la Administración de la Junta de Andalucía, y de las fundaciones y consorcios con participación directa de la misma superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.

Una vez más el ordenamiento jurídico se separa del concepto general de fundación del sector público andaluz consagrado por la Ley 9/2007. No obstante, en esta ocasión podría contar con la disculpa de tratarse de una ley anterior en el tiempo, si bien podemos decir que en la fecha de elaboración y aprobación de la ley (marzo – abril de 2005) el concepto de fundación del sector público ya se venía manejando con fuerza, por ejemplo en la Ley 10/2005 de Fundaciones, que es coetánea a la que estamos analizando, o en el ámbito del Estado en la Ley 50/2002.

Si, como hemos dicho, podríamos disculpar la separación del concepto genérico de fundación del sector público, consideramos inapropiado utilizar un criterio diferente al que utiliza el Decreto 524/2008 para el resto del personal. La finalidad perseguida y las consecuencias jurídicas son diferentes: en un caso, el Decreto pretende garantizar la plena dedicación y la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por parte de los trabajadores; en el segundo, la Ley pretende reforzar la independencia, la imparcialidad y la dedicación exclusiva a los asuntos públicos de los altos cargos, evitando cualquier interfe-

rencia en los intereses públicos de otros intereses y además la regulación de medidas encaminadas a aumentar la transparencia en la actividad pública. A pesar de ese pequeño matiz diferencial no se entiende muy bien que se hayan incluido elementos de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación diferentes.

En este caso, como hemos dicho se vuelve a huir del concepto de fundación del sector público andaluz, y en esta ocasión se utiliza el elemento de la participación en más de un 50%. Se utiliza el mismo criterio que el apartado e del artículo 2 utiliza para las sociedades mercantiles: la participación, un concepto muy consolidado en derecho mercantil, pero cuya extensión al ámbito de las fundaciones precisa ser matizado.

La participación en una fundación se puede hacer por una doble vía:

- La participación como fundador realizando una aportación al fondo fundacional.
- La participación en el órgano de gobierno de la fundación, que no es otro que el Patronato.

En ambos casos si esa aportación o esa participación en el patronato resultase superior al 50 % estaríamos hablando de una fundación cuyo máximo cargo ejecutivo se encontraría sometido al régimen de incompatibilidades.

Esta forma de definir las fundaciones incluidas en el ámbito subjetivo de la ley toma elementos de la definición de fundación del sector público del artículo 55 de la Ley 10/2005, pero con un matiz importante, mientras que en aquélla la participación en órganos de gobierno o la aportación al fondo fundacional puede ser indirecta, es decir, a través de otras entidades u organismo de la propia Junta de Andalucía, aquí se exige que la participación sea directa.

Son matices y consideraciones que tienen una enorme trascendencia práctica y que sólo llevan a la confusión. Lo que sí resulta manifiestamente mejorable es, como ya hemos indicado, el hecho que no coincidan los criterios para el personal común y para los altos cargos. Con este panorama podemos perfectamente encontrarnos con fundaciones en que el personal esté sometido a régimen de incompatibilidades y el director no y viceversa, por la concurrencia de unos pequeños matices.

4. CONCLUSIÓN

De *lege ferenda* sería deseable utilizar en lo sucesivo el concepto que el propio ordenamiento jurídico andaluz ha creado, nos referimos al concepto de fundación del sector público andaluz que si bien su definición legal deja mucho que desear por el amplio margen de interpretación que deja, sería recomendable su utilización de cara a delimitar el régimen jurídico aplicable a su personal y a otros muchos asuntos de capital importancia para su gestión en los que tampoco se utiliza el término preciso.

Manuel Mesa Vila
Abril 2009

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2008 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

UE-4007 Reglamento (CE) n° 651/2008 de la Comisión, de 9 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1653/2004, por el que se aprueba el **Reglamento financiero tipo de las agencias ejecutivas** al amparo del Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios
DOUE L 181. 10.07.2008, p. 15

UE-4008 Reglamento (CE, Euratom) n° 652/2008 de la Comisión, de 9 de julio de 2008, de modificación del Reglamento (CE, Euratom) n° 2343/2002, por el que se aprueba el **Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo**, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas
DOUE L 181. 10.07.2008, p. 23

UE-4009 Modificaciones del **Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas**
DOUE L 179. 8.07.2008, p. 12

UE-4010 Modificaciones del **Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia**
DOUE L 200, 29.07.2008, p. 18

UE-4011 Decisión 2008/621/CE, Euratom del Consejo, de 23 de junio de 2008, por la que se modifica el **Reglamento de procedi-**

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el 3º trimestre de 2008.

miento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que respecta al régimen lingüístico aplicable al procedimiento de reexamen
DOUE L 200, 29.07.2008, p. 20

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

UE-4012 Reglamento (CE) n° 766/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo, relativo a la **asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria**
DOUE L 218, 13.08.2008, p. 48

UE-4013 Decisión 2008/645/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, por la que se modifica la Decisión 97/126/CE relativa a la celebración de un **Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno local de las Islas Feroe**, por otra
DOUE L 212, 7.08.2008, p. 3

UE-4014 **Acuerdo interino sobre comercio** y cuestiones relacionadas con el comercio **entre las Comunidades Europeas, por una parte, y Bosnia y Herzegovina**, por otra
DOUE L 233, 30.08.2008, p. 6

UE-4015 Reglamento (CE) n° 675/2008 de la Comisión, de 16 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1236/2005 del Consejo sobre el **comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**
DOUE L 189 17.07.2008, p. 14

UE-4016 Reglamento (CE) n° 717/2008 del Consejo, de 17 de julio de 2008, por el que se establece un **procedimiento de gestión comunitaria de los contingentes cuantitativos** (Versión codificada)
DOUE L 198, 26.07.2008, p. 1

UE-4017 Reglamento (CE) n° 733/2008 del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativo a las **condiciones de importación de productos**

agrícolas originarios de terceros países como consecuencia del accidente ocurrido en la central nuclear de Chernobil (Versión codificada)

DOUE L 201, 30.07.2008, p. 1

UE-4018

Reglamento (CE) n° 689/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la **exportación e importación de productos químicos peligrosos**

DOUE L 204, 31.07.2008, p. 1

UE-4019

Reglamento (CE) n° 732/2008 del Consejo de 22 de julio de 2008 por el que se aplica un **sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011** y se modifican los Reglamentos (CE) n° 552/97 y n° 1933/2006 del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 1100/2006 y n° 964/2007 de la Comisión

DOUE L 211, 6.08.2008, p. 1

UE-4020

Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen **los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos** y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93

DOUE L 218, 13.08.2008, p. 30

III. AGRICULTURA

UE-4021

UE-4021 Decisión 2008/579/CE del Consejo, de 16 de junio de 2008, relativa a la firma y la celebración en nombre de la Comunidad Europea del Acuerdo Internacional del Café de 2007

Acuerdo Internacional del Café de 2007

DOUE L 186 15.07.2008, p. 12 y 13

UE-4022

Reglamento (CE) n° 632/2008 de la Comisión, de 2 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1019/2002, sobre las **normas de comercialización del aceite de oliva**

DOUE L 173. 3.07.2008, p. 16

UE-4023

Reglamento (CE) n° 640/2008 de la Comisión, de 4 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 2568/91 relativo a las **características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis**

DOUE L 178. 5.07.2008, p. 11

UE-4024 Reglamento n° 637/2008 del Consejo, de 23 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1782/2003 y se establecen **programas nacionales de reestructuración para el sector del algodón**
DOUE L 178. 5.07.2008, p. 1

UE-4025 Reglamento (CE) n° 639/2008 de la Comisión, de 24 de junio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1043/2005, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 3448/93 del Consejo en lo que se refiere al régimen de concesión de **restituciones a la exportación para determinados productos agrícolas** exportados en forma de mercancías no incluidas en el anexo I del Tratado, y los criterios para la fijación de su importe
DOUE L 178. 5.07.2008, p. 9

UE-4026 Reglamento (CE) n° 687/2008 de la Comisión, de 18 de julio de 2008, por el que se establecen los **procedimientos de aceptación de los cereales por los organismos pagadores o los organismos de intervención** y los métodos de análisis para la determinación de la calidad
DOUE L 192, 19.07.2008, p. 20

UE-4027 Reglamento (CE) n° 690/2008 de la Comisión, de 4 de julio de 2008, por el que se reconocen determinadas **zonas protegidas en la Comunidad expuestas a riesgos fitosanitarios específicos** (Refundición)
DOUE L 193, 22.07.2008, p. 1

UE-4028 Reglamento (CE) n° 707/2008 de la Comisión, de 24 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 952/2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 318/2006 del Consejo en lo referente a la **gestión del mercado interior del azúcar y al régimen de cuotas**
DOUE L 197, 25.07.2008, p. 4

UE-4029 Reglamento (CE) n° 708/2008 de la Comisión, de 24 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1266/2007 respecto a las **condiciones para que determinados animales de especies sensibles puedan acogerse a una excepción a la prohibición de salida** prevista en la Directiva 2000/75/CE del Consejo
DOUE L 197, 25.07.2008, p. 18

UE-4030 Reglamento (CE) n° 709/2008 de la Comisión, de 24 de julio de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación

del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a las **organizaciones y acuerdos interprofesionales en el sector del tabaco**

DOUE L 197, 25.07.2008, p. 23

UE-4031

Reglamento (CE) n° 720/2008 de la Comisión, de 25 de julio de 2008, por el que se establecen disposiciones comunes para la aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en cuanto al **almacenamiento y a los movimientos de los productos comprados por un organismo pagador o de intervención** (Versión codificada)

DOUE L 198, 26.07.2008, p. 17

UE-4032

Reglamento (CE) n° 737/2008 de la Comisión, de 28 de julio de 2008, por el que se designan los **laboratorios comunitarios de referencia para las enfermedades de los crustáceos, la rabia y la tuberculosis bovina**, se establecen responsabilidades y tareas suplementarias para los laboratorios comunitarios de referencia para la rabia y la tuberculosis bovina y se modifica el anexo VII del Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

DOUE L 201, 30.07.2008, p. 29

UE-4033

Reglamento (CE) n° 753/2008 de la Comisión, de 31 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1299/2007 relativo al **reconocimiento de las agrupaciones de productores en el sector del lúpulo**

DOUE L 205, 1.08.2008, p. 3

UE-4034

Reglamento (CE) n° 754/2008 de la Comisión, de 31 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 318/2007, por el que se establecen **condiciones zoonitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad** y las correspondientes condiciones de cuarentena

DOUE L 205, 1.08.2008, p. 6

UE-4035

Reglamento (CE) n° 807/2008 de la Comisión, de 12 de agosto de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1913/2006 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del **régimen agrimonetario del euro en el sector agrario**, en lo referente a los hechos generadores en el sector vitícola

DOUE L 217, 13.08.2008, p. 12

UE-4036

Reglamento (CE) n° 766/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se modifica el

Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo, relativo a la **asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria**

DOUE L 218, 13.08.2008, p. 48

UE-4037

Reglamento (CE) n° 826/2008 de la Comisión, de 20 de agosto de 2008, por el que se establecen disposiciones comunes para la concesión de **ayuda para el almacenamiento privado de determinados productos agrícolas**

DOUE L 223, 21.08.2008, p. 3

UE-4038

Reglamento (CE) n° 849/2008 de la Comisión, de 28 de agosto de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 3199/93 relativo al **reconocimiento mutuo de procedimientos para la desnaturalización completa del alcohol a efectos de su exención de los impuestos especiales**

DOUE L 231, 29.08.2008, p. 11

UE-4039

Reglamento (CE) n° 854/2008 de la Comisión, de 29 de agosto de 2008, por el que se establecen **disposiciones excepcionales relativas a los certificados de exportación en el sector de la carne de porcino**

DOUE L 232, 30.08.2008, p. 5

UE-4040

Reglamento (CE) n° 858/2008 de la Comisión, de 1 de septiembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 967/2006 de la Comisión por el que se fijan las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 318/2006 del Consejo en lo que se refiere a la **producción obtenida al margen de cuotas en el sector del azúcar**

DOUE L 235, 2.09.2008, p. 7

UE-4041

Reglamento (CE) n° 867/2008 de la Comisión, de 3 de septiembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que respecta a las **organizaciones profesionales del sector oleícola, sus programas de actividades y su financiación**

DOUE L 237, 4.09.2008, p. 5

UE-4042

Reglamento (CE) n° 868/2008 de la Comisión, de 3 de septiembre de 2008, relativo a la ficha de explotación que debe utilizarse para el **registro de las rentas de las explotaciones agrícolas** y el análisis del funcionamiento económico de esas explotaciones

DOUE L 237, 4.09.2008, p. 18

UE-4043 Reglamento (CE) n° 873/2008 de la Comisión, de 5 de septiembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 712/2007 por el que se abren **licitaciones permanentes para la reventa en el mercado comunitario de cereales que obran en poder de los organismos de intervención de los Estados miembros**
DOUE L 239, 6.09.2008, p. 5

UE-4044 Reglamento (CE) n° 900/2008 de la Comisión, de 16 de septiembre de 2008, por el que se definen los métodos de análisis y otras disposiciones de carácter técnico necesarios para la aplicación del **régimen de importación de determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas** (Versión codificada)
DOUE L 247, 16.09.2008, p. 8

UE-4045 Reglamento (CE) n° 903/2008 de la Comisión, de 17 de septiembre de 2008, relativo a las condiciones especiales de concesión de las **restituciones por la exportación de determinados productos en el sector de la carne de porcino** (Versión codificada)
DOUE L 249, 18.09.2008, p. 3

UE-4046 Reglamento (CE) n° 904/2008 de la Comisión, de 17 de septiembre de 2008, por el que se definen los métodos de análisis y otras disposiciones de carácter técnico necesarios para la aplicación del **régimen de exportación de mercancías no incluidas en el anexo I del Tratado** (Versión codificada)
DOUE L 249, 18.09.2008, p. 9

UE-4047 Reglamento (CE) n° 889/2008 de la Comisión, de 5 de septiembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo sobre **producción y etiquetado de los productos ecológicos**, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control
DOUE L 250, 18.09.2008, p. 1

UE-4048 Reglamento (CE) n° 936/2008 de la Comisión, de 24 de septiembre de 2008, que rectifica el Reglamento (CE) n° 543/2008 por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a las **normas de comercialización de la carne de aves de corral**
DOUE L 257, 25.09.2008, p. 7

UE-4049 Reglamento (CE) n° 941/2008 de la Comisión, de 25 de septiembre de 2008, por el que se establecen la forma y el contenido de la información contable que deberá presentarse a la Comisión con vistas a la **liquidación de cuentas del FEAGA y del FEADER**, así como con fines de seguimiento y elaboración de previsiones
DOUE L 258, 26.09.2008, p. 3

UE-4050 Reglamento (CE) n° 956/2008 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2008, que modifica el anexo IV del Reglamento (CE) n° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen **disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles**
DOUE L 260, 30.09.2008, p. 8

UE-4051 Directiva 2008/76/CE de la Comisión, de 25 de julio de 2008, por la que se modifica el anexo I de la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre **sustancias indeseables en la alimentación animal**
DOUE L 198, 26.07.2008, p. 37

UE-4052 Directiva 2008/82/CE de la Comisión, de 30 de julio de 2008, que modifica la Directiva 2008/38/CE en lo relativo a los **piensos de ayuda a la función renal en caso de insuficiencia renal crónica**
DOUE L 202, 31.07.2008, p. 48

UE-4053 Directiva 2008/72/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a la **comercialización de plantones de hortalizas y de materiales de multiplicación de hortalizas, distintos de las semillas** (Versión codificada)
DOUE L 205, 1.08.2008, p. 28

UE-4054 Directiva 2008/71/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a la **identificación y al registro de cerdos** (Versión codificada)
DOUE L 213, 8.08.2008, p. 31

UE-4055 Directiva 2008/73/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, por la que se simplifican los **procedimientos para confeccionar listas y publicar información en los ámbitos veterinario y zootécnico** y por la que se modifican las Directivas 64/432/CEE, 77/504/CEE, 88/407/CEE, 88/661/CEE, 89/361/CEE, 89/556/CEE, 90/426/CEE, 90/427/CEE,

90/428/CEE, 90/429/CEE, 90/539/CEE, 91/68/CEE, 91/496/CEE, 92/35/CEE, 92/65/CEE, 92/66/CEE, 92/119/CEE, 94/28/CE, 2000/75/CE, la Decisión 2000/258/CE y las Directivas 2001/89/CE, 2002/60/CE y 2005/94/CE

DOUE L 219, 14.08.2008, p. 40

UE-4056

Directiva 2008/83/CE de la Comisión, de 13 de agosto de 2008, que modifica la Directiva 2003/91/CE, por la que se establecen disposiciones de aplicación a los fines del artículo 7 de la Directiva 2002/55/CE del Consejo con respecto a los **caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas hortícolas**

DOUE L 219, 14.08.2008, p. 55

UE-4057

Decisión 2008/654/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2008, sobre directrices destinadas a ayudar a los Estados miembros a elaborar el **informe anual relativo al plan nacional de control único, integrado y plurianual** previsto en el Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

DOUE L 214, 9.08.2008, p. 56

IV. PESCA

UE-4058

Reglamento (CE) n° 704/2008 del Consejo de 15 de julio de 2008 relativo a la celebración del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2012

Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el **acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania** para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2012

DOUE L 203, 31.07.2008, p. 1 y 4

UE-4059

Reglamento (CE) n° 641/2008 de la Comisión, de 4 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 40/2008 del Consejo en lo que se refiere a la **lista de buques que practican la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en el Atlántico Norte**

DOUE L 178, 5.07.2008, p. 17

UE-4060 Reglamento (CE) n° 665/2008 de la Comisión, de 14 de julio de 2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 199/2008 del Consejo relativo al **establecimiento de un marco comunitario para la recopilación, gestión y uso de los datos del sector pesquero** y el apoyo al asesoramiento científico en relación con la política pesquera común
DOUE L 186 15.07.2008, p. 3

UE-4061 Reglamento (CE) n° 696/2008 de la Comisión, de 23 de julio de 2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 104/2000 del Consejo en lo relativo a los no miembros de determinadas **normas adoptadas por organizaciones de productores del sector de la pesca** (Versión codificada)
DOUE L 195, 24.07.2008, p. 6

UE-4062 Reglamento (CE) n° 718/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, que modifica los Reglamentos (CE) n° 2015/2006 y (CE) n° 40/2008 en lo que atañe a las **posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones de peces**
DOUE L 198, 26.07.2008, p. 8

UE-4063 Reglamento (CE) n° 734/2008 del Consejo, de 15 de julio de 2008, sobre la **protección de los ecosistemas marinos vulnerables de alta mar frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo**
DOUE L 201, 30.07.2008, p. 8

UE-4064 Reglamento (CE) n° 736/2008 de la Comisión, de 22 de julio de 2008, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las **ayudas estatales concedidas a las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca**
DOUE L 201, 30.07.2008, p. 16

UE-4065 Reglamento (CE) n° 824/2008 de la Comisión, de 18 de agosto de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de eglefino en aguas noruegas de las zonas I y II por parte de los buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 222, 20.08.2008, p. 3

UE-4066 Reglamento (CE) n° 831/2008 de la Comisión, de 21 de agosto de 2008, por el que **se prohíbe la pesca de bacalao en aguas de**

Noruega de las zonas I y II por parte de los buques que enarbolan pabellón de España

DOUE L 224, 22.08.2008, p. 6

UE-4067

Decisión 2008/620/CE de la Comisión, de 22 de julio de 2008, por la que se establece un **programa específico de control e inspección de las poblaciones de bacalao que se encuentran en el Kattegat, el Mar del Norte, el Skagerrak, la Mancha Oriental, las aguas occidentales de Escocia y el Mar de Irlanda**

DOUE L 198, 26.07.2008, p. 66

UE-4068

Decisión 2008/695/CE de la Comisión, de 29 de agosto de 2008, por la que se aprueba la **entrada en funcionamiento del consejo consultivo regional del Mar Mediterráneo en virtud de la política pesquera común**

DOUE L 232, 30.08.2008, p. 12

V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

UE-4069

Reglamento (CE) n° 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, relativo a la **aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad**

DOUE L 177. 4.07.2008, p. 1

UE-4070

Decisión del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las **orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros**

DOUE L 198, 26.07.2008, p. 47

UE-4071

Decisión 2008/683/CE n° 208, de 11 de marzo de 2008, relativa al establecimiento de un **marco común para la recopilación de datos sobre la gestión de las solicitudes de pensión**

DOUE L 223, 21.08.2008, p. 25

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

UE-4072

Reglamento (CE) n° 755/2008 de la Comisión, de 31 de julio de 2008, por el que se modifica el anexo II de la Directiva

2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al **reconocimiento de cualificaciones profesionales**
DOUE L 205, 1.08.2008, p. 10

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

UE-4073 Reglamento (CE) n° 668/2008 de la Comisión, de 15 julio de 2008, que modifica los anexos II a V del Reglamento (CE) n° 2096/2005 por el que se establecen **requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea**, en lo que se refiere a los métodos de trabajo y procedimientos operativos
DOUE L 188 16.07.2008, p. 5

UE-4074 Reglamento (CE) n° 715/2008 de la Comisión, de 24 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 474/2006 por el que se establece la **lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad**
DOUE L 197, 25.07.2008, p. 36

UE-4075 Reglamento (CE) n° 820/2008 de la Comisión, de 8 de agosto de 2008, por el que se establecen medidas para la aplicación de las **normas básicas comunes de seguridad aérea**
DOUE L 221, 19.08.2008, p. 8

UE-4076 Reglamento (CE) n° 875/2008 de la Comisión, de 8 de septiembre de 2008, por el que se **deroga el Reglamento (CE) n° 1962/2006 (aviación civil)**
DOUE L 240, 9.09.2008, p. 3

UE-4077 Reglamento (CE) n° 859/2008 de la Comisión, de 20 de agosto de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 3922/91 del Consejo en lo relativo a los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes aplicables al **transporte comercial por avión**
DOUE L 253, 20.09.2008, p. 1

UE-4078 Directiva 2008/67/CE de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por la que se modifica la Directiva 96/98/CE del Consejo sobre **equipos marinos**
DOUE L 171. 1.07.2008, p. 16

UE-4079 Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la **interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad** (Texto refundido)
DOUE L 191, 18.07.2008, p. 1

UE-4080 Directiva 2008/87/CE de la Comisión, de 22 de septiembre de 2008, que modifica la Directiva 2006/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen las **prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior**
DOUE L 255, 23.09.2008, p. 5

UE-4081 Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre el **transporte terrestre de mercancías peligrosas**
DOUE L 260, 30.09.2008, p. 13

UE-4082 Decisión 2008/671/CE de la Comisión, de 5 de agosto de 2008, relativa al uso armonizado de espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias 5875–5905 MHz para aplicaciones relacionadas con la **seguridad de los sistemas de transporte inteligentes (STI)** [notificada con el número C(2008) 4145]
DOUE L 220, 15.08.2008, p. 24

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

UE-4083 Reglamento (CE) n° 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los **procedimientos de transacción en casos de cártel**
DOUE L 171. 1.07.2008, p. 3

UE-4084 Reglamento (CE) n° 649/2008 del Consejo, de 8 de julio de 2008, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de carbón activado en polvo originario de la República Popular China
DOUE L 181. 10.07.2008, p. 1

UE-4085 Reglamento (CE) n° 654/2008 del Consejo, de 29 de abril de 2008, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de cumarina originaria de la República Popular

China, ampliado a las importaciones de cumarina procedentes de la India, Tailandia, Indonesia o Malasia, tanto si se declara originaria de la India, Tailandia, Indonesia o Malasia como si no, tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 384/96 DOUE L 183, 11.07.2008, p. 1

UE-4086 Reglamento (CE) n° 727/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, que pone fin a la reconsideración, en relación con un nuevo exportador, del Reglamento (CE) n° 130/2006, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de ácido tartárico originario de la República Popular China
DOUE L 200, 29.07.2008, p. 1

UE-4087 Reglamento (CE) n° 736/2008 de la Comisión, de 22 de julio de 2008, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las **ayudas estatales concedidas a las pequeñas y medianas empresas** dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca
DOUE L 201, 30.07.2008, p. 16

UE-4088 Reglamento (CE) n° 789/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1911/2006, por el que se aplica un **derecho antidumping definitivo** a las importaciones de soluciones de urea y nitrato de amonio originarias de Argelia, Belarús, Rusia y Ucrania tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 384/96
DOUE L 213, 8.08.2008, p. 14

UE-4089 Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas **categorías de ayuda compatibles con el mercado común** en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías)
DOUE L 214, 9.08.2008, p. 3

UE-4090 Reglamento (CE) n° 812/2008 del Consejo, de 11 de agosto de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 954/2006 por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura de hierro o acero originarios, entre otros, de Rusia
DOUE L 220, 15.08.2008, p. 1

UE-4091 Reglamento (CE) n° 813/2008 del Consejo, de 11 de agosto de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 74/2004 por el que se establece un **derecho compensatorio definitivo** sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India
DOUE L 220, 15.08.2008, p. 6

UE-4092 Reglamento (CE) n° 818/2008 del Consejo, de 13 de agosto de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 2074/2004 por el que se impone un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de determinados mecanismos para encuadernación con anillos ligeramente modificados originarios de la República Popular China y por el que se da por concluida la investigación referente a la supuesta elusión de las medidas antidumping impuestas por dicho Reglamento mediante importaciones de determinados mecanismos para encuadernación con anillos procedentes de Tailandia, hayan sido o no declaradas originarias de Tailandia
DOUE L 221, 19.08.2008, p. 1

UE-4093 Reglamento (CE) n° 893/2008 del Consejo, de 10 de septiembre de 2008, por el que se **mantienen los derechos antidumping** sobre las importaciones de fibras discontinuas de poliéster originarias de Belarús, la República Popular China, Arabia Saudí y Corea tras una reconsideración provisional parcial de conformidad con el artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 384/96
DOUE L 247, 16.09.2008, p. 1

UE-4094 Reglamento (CE) n° 954/2008 del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 682/2007 por el que se impone un **derecho antidumping definitivo** y se percibe definitivamente el derecho provisional impuesto a las importaciones de determinado maíz dulce en grano preparado o conservado originario de Tailandia
DOUE L 260, 30.09.2008, p. 1

UE-4095 Decisión 2008/577/CE de la Comisión, de 4 de julio de 2008, por la que se **aceptan los compromisos ofrecidos en relación con el procedimiento antidumping** correspondiente a las importaciones de nitrato de amonio originarias de Rusia y Ucrania
DOUE L 185 12.07.2008, p. 43

UE-4096 Decisión 2008/696/CE de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la **Decisión de 10 de mayo de 2007**

relativa a las medidas C 1/06 (ex NN 103/05) adoptadas por España en favor de Chupa Chups [notificada con el número C(2008) 868]

DOUE L 235, 2.09.2008, p. 10

UE-4097

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 169, 4.07.2008, p. 1

UE-4098

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 181, 18.07.2008, p. 14

UE-4099

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 184, 22.07.2008, p. 1

UE-4100

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 189, 26.07.2008, p. 1

UE-4101

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 216, 23.08.2008, p. 12

UE-4102

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 229, 6.09.2008, p. 1

UE-4103

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 229, 6.09.2008, p. 5

UE-4104

Autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE—Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones

DOUE C 229, 6.09.2008, p. 9

UE-4105 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE–Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 234, 12.09.2008, p. 6

UE-4106 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE–Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 238, 17.09.2008, p. 1

UE-4107 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE–Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 238, 17.09.2008, p. 5

UE-4108 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE–Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 242, 23.09.2008, p. 1

UE-4109 **No oposición a una concentración notificada** (Asunto COMP/M.5170–E.ON/Endesa Europa/Viesgo)
DOUE C 237, 16.09.2008, p. 1

IX. FISCALIDAD

UE-4110 Decisión 2008/492/CE del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio de 23 de julio de 1990 relativo a la **supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas**
DOUE L 174. 3.07.2008, p. 1

X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

UE-4111 Reglamento (CE) n° 693/2008 del Consejo, de 8 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 974/98 en lo que se refiere a la **introducción del euro en Eslovaquia**
DOUE L 195, 24.07.2008, p. 1

UE-4112 Reglamento (CE) n° 694/2008 del Consejo, de 8 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2866/98 en lo que se refiere al **tipo de conversión entre la moneda eslovaca y el euro**
DOUE L 195, 24.07.2008, p. 3

UE-4113 Decisión 2008/608/CE del Consejo, de 8 de julio de 2008, de conformidad con el artículo 122, apartado 2, del Tratado para la **adopción por Eslovaquia de la moneda única el 1 de enero de 2009**
DOUE L 195, 24.07.2008, p. 24

UE-4114 Decisión 2008/542/CE de la Comisión, de 13 de junio de 2008, por la que se crea un **Grupo de expertos sobre historiales de crédito**
DOUE L 173. 3.07.2008, p. 22

UE-4115 Orientación 2008/549/CE del Banco Central Europeo, de 19 de junio de 2008, por la que se modifica la Orientación BCE/2006/9 sobre ciertos **preparativos para la introducción del efectivo en euros y sobre la distribución y subdistribución anticipadas de billetes y monedas en euros fuera de la zona del euro** (BCE/2008/4)
DOUE L 176. 4.07.2008, p. 16

UE-4116 Orientación 2008/596/CE del Banco Central Europeo, de 20 de junio de 2008, sobre la **gestión de los activos exteriores de reserva del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales** y la documentación jurídica requerida para las operaciones en dichos activos (refundición) (BCE/2008/5)
DOUE L 192, 19.07.2008, p. 63

UE-4117 Orientación 2008/758/CE del Banco Central Europeo, de 26 de agosto de 2008, por la que se modifica la Orientación BCE/2002/7 sobre las **exigencias de información estadística del Banco Central Europeo en materia de cuentas financieras trimestrales** (BCE/2008/6)
DOUE L 259, 27.09.2008, p. 12

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

UE-4118 Decisión 2008/637/CE del Consejo, de 18 de junio de 2007, sobre la celebración de un Acuerdo en forma de Canje de Notas

entre la Comunidad Europea y el Reino Hachemí de Jordania que modifica el Acuerdo de Asociación CE–Jordania

Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Reino Hachemí de Jordania que modifica el Acuerdo de Asociación CE–Jordania

DOUE L 207, 5.08.2008, p. 16 y 18

UE-4119

Decisión 2008/493/CE del Consejo, de 23 de junio de 2008, por la que se **modifica el anexo I del Acta de adhesión de**

Bulgaria y Rumanía

DOUE L 174, 3.07.2008, p. 6

UE-4120

Decisión 2008/645/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, por la que se modifica la Decisión 97/126/CE relativa a la celebración de un **Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno local de las Islas Feroe, por otra**

DOUE L 212, 7.08.2008, p. 3

UE-4121

Acuerdo interino sobre comercio y cuestiones relacionadas con el comercio entre las Comunidades Europeas, por una parte, y Bosnia y Herzegovina, por otra

DOUE L 233, 30.08.2008, p. 6

UE-4122

Decisión 2008/756/CE, n° 1/2004 del Consejo de Asociación **UE–Egipto**, de 14 de junio de 2004, por el que se establece el **reglamento interno del Consejo de Asociación**

DOUE L 259, 27.09.2008, p. 5

UE-4123

Decisión 2008/494/CE n° 1/2008 del Consejo de Ministros ACP–CE, de 13 de junio de 2008, sobre la **revisión de las modalidades de financiación en caso de fluctuaciones a corto plazo de los ingresos de exportación (Acuerdo Cotonú)**

DOUE L 171, 1.07.2008, p. 63

UE-4124

Decisión 2008/580/CE del Consejo, de 23 de junio de 2008, por la que se **concede al Banco Europeo de Inversiones una garantía de la Comunidad para absorber las pérdidas que se deriven de préstamos para la realización de proyectos fuera de la Comunidad** (países vecinos del sureste, países mediterráneos, Latinoamérica y Asia y la República de Sudáfrica) (Versión codificada)

DOUE L 186 15.07.2008, p. 30

XII. ENERGÍA

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

UE-4125 Reglamento (CE) n° 629/2008 de la Comisión, de 2 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1881/2006 por el que se fija el **contenido máximo de determinados contaminantes en los productos alimenticios**
DOUE L 173, 3.07.2008, p. 6

UE-4126 Reglamento (CE) n° 707/2008 de la Comisión, de 24 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 952/2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 318/2006 del Consejo en lo referente a la **gestión del mercado interior del azúcar y al régimen de cuotas**
DOUE L 197, 25.07.2008, p. 4

UE-4127 Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión de 18 de julio de 2008 por el que se aplica y modifica el Reglamento (CE) n° 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la **homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros** (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos
DOUE L 199, 28.07.2008, p. 1

UE-4128 Reglamento (CE) n° 771/2008 de la Comisión, de 1 de agosto de 2008, por el que se establecen las normas de organización y procedimiento de la **Sala de Recurso de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos**
DOUE L 206, 2.08.2008, p. 5

UE-4129 Reglamento (CE) n° 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la **aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro** y se deroga la Decisión n° 3052/95/CE
DOUE L 218, 13.08.2008, p. 21

UE-4130 Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los

requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93 DOUE L 218, 13.08.2008, p. 30

UE-4131 Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, por la que se modifica la Directiva 91/477/CEE del Consejo sobre el **control de la adquisición y tenencia de armas** DOUE L 179, 8.07.2008, p. 5

UE-4132 Directiva 2008/74/CE de la Comisión, de 18 de julio de 2008, por la que se modifican, por lo que respecta a la **homologación de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros** (Euro 5 y Euro 6) y el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, la Directiva 2005/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2005/78/CE DOUE L 192, 19.07.2008, p. 51

UE-4133 Directiva 2008/75/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2008, por la que se modifica la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de forma que incluya el **dióxido de carbono como sustancia activa** en su anexo I DOUE L 197, 25.07.2008, p. 54

UE-4134 Directiva 2008/58/CE de la Comisión, de 21 de agosto de 2008, por la que se adapta al progreso técnico por trigésima vez la Directiva 67/548/CEE del Consejo relativa a la **aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas** en materia de **clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas** DOUE L 246, 15.09.2008, p. 1

UE-4135 Directiva 2008/84/CE de la Comisión, de 27 de agosto de 2008, por la que se establecen **criterios específicos de pureza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes** (1) (Versión codificada) DOUE L 253, 20.09.2008, p. 1

UE-4136 Directiva 2008/88/CE de la Comisión, de 23 de septiembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a los **productos cosméticos**, a fin de adaptar sus anexos II y III al progreso técnico DOUE L 256, 24.09.2008, p. 12

UE-4137 Directiva 2008/89/CE de la Comisión, de 24 de septiembre de 2008, por la que se modifica, para adaptarla al progreso técnico, la Directiva 76/756/CEE del Consejo, sobre la **instalación de los dispositivos de alumbrado y de señalización luminosa de los vehículos a motor y de sus remolques**
DOUE L 257, 25.09.2008, p. 14

UE-4138 Decisión n° 626/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2008, relativa a la selección y autorización de **sistemas que prestan servicios móviles por satélite (SMS)**
DOUE L 172. 2.07.2008, p. 15

UE-4139 Decisión 2008/591/CE de la Comisión, de 30 de junio de 2008, relativa al **Foro consultivo sobre diseño ecológico**
DOUE L 190 18.07.2008, p. 22

UE-4140 Decisión n° 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un **marco común para la comercialización de los productos** y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo
DOUE L 218, 13.08.2008, p. 82

UE-4141 Recomendación 2008/653/CE de la Comisión, de 26 de mayo de 2008, relativa a **sistemas de información y comunicación a bordo de vehículos seguros y eficientes: actualización de la Declaración de principios europea sobre la interfaz persona-máquina**
DOUE L 216, 12.08.2008, p. 1

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

UE-4142 Decisión 2008/580/CE del Consejo, de 23 de junio de 2008, por la que se concede al **Banco Europeo de Inversiones una garantía de la Comunidad para absorber las pérdidas que se deriven de préstamos para la realización de proyectos fuera de la Comunidad** (países vecinos del sureste, países mediterráneos, Latinoamérica y Asia y la República de Sudáfrica) (Versión codificada)
DOUE L 186 15.07.2008, p. 30

UE-4143 Decisión 2008/584/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, que modifica la Decisión 2006/493/CE por la que se establece el

importe de la **ayuda comunitaria al desarrollo rural** para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2013, su desglose anual y el importe mínimo destinado a regiones subvencionables por el objetivo de convergencia

DOUE L 188 16.07.2008, p. 26

UE-4144

Decisión de la Comisión, de 16 de julio de 2008, que modifica la Decisión 2006/636/CE, por la que se fija el desglose anual por Estado miembro de la **ayuda comunitaria al desarrollo rural** en el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2013

DOUE L 195, 24.07.2008, p. 28

UE-4145

Reglamento (CE) n° 683/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre la continuidad de los **programas europeos de radionavegación por satélite (EGNOS y Galileo)**

DOUE L 196, 24.07.2008, p. 1

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

UE-4146

Reglamento (CE) n° 669/2008 de la Comisión, de 15 de julio de 2008, por el que se completa el anexo IC del Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los **traslados de residuos**

DOUE L 188 16.07.2008, p. 7

UE-4147

Reglamento (CE) n° 740/2008 de la Comisión, de 29 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1418/2007 por lo que se refiere a los **procedimientos que deben seguirse para la exportación de residuos a determinados países**

DOUE L 201, 30.07.2008, p. 36

UE-4148

Reglamento (CE) n° 689/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la **exportación e importación de productos químicos peligrosos**

DOUE L 204, 31.07.2008, p. 1

UE-4149

Decisión 2008/721/CE de la Comisión, de 5 de agosto de 2008, por la que se crea una estructura consultiva de **Comités científicos y expertos en el ámbito de la seguridad de los consumidores, la salud pública y el medio ambiente** y se deroga la Decisión 2004/210/CE

DOUE L 241, 10.09.2008, p. 21

UE-4150 Decisión 2008/544/CE de la Comisión, de 20 de junio de 2008, por la que se modifica la Decisión 2004/858/CE con objeto de **transformar la «Agencia Ejecutiva para el Programa de Salud Pública» en la «Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo»**
DOUE L 173. 3.07.2008, p. 27

UE-4151 Recomendación 2008/594/CE de la Comisión, de 2 de julio de 2008, sobre la **interoperabilidad transfronteriza de los sistemas de historiales médicos electrónicos**
DOUE L 190 18.07.2008, p. 37

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

UE-4152 Reglamento (CE) n° 747/2008 de la Comisión, de 30 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 716/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a **estadísticas comunitarias sobre la estructura y la actividad de las filiales extranjeras**, en lo que respecta a las definiciones de las características y a la aplicación de la NACE rev. 2
DOUE L 202, 31.07.2008, p. 20

UE-4153 Reglamento (CE) n° 762/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre la **presentación de estadísticas de acuicultura por parte de los Estados miembros** y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 788/96
DOUE L 218, 13.08.2008, p. 1

UE-4154 Reglamento (CE) n° 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, relativo a los **censos de población y vivienda**
DOUE L 218, 13.08.2008, p. 14

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

UE-4155 Decisión 2008/595/CE de la Comisión, de 25 de junio de 2008, que modifica la Decisión 2004/452/CE por la que se establece una lista de **organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales**
DOUE L 192, 19.07.2008, p. 60

UE-4156 Decisión n° 742/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre la participación de la Comunidad en un **programa de investigación y desarrollo emprendido por varios Estados miembros y destinado a mejorar la calidad de vida de las personas mayores** mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación
DOUE L 201, 30.07.2008, p. 49

UE-4157 Decisión n° 743/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre la participación de la Comunidad en un **programa de investigación y desarrollo, emprendido por varios Estados miembros, destinado a apoyar a las PYME que realizan actividades de investigación y desarrollo**
DOUE L 201, 30.07.2008, p. 58

UE-4158 Decisión 2008/634/CE adoptada de Común acuerdo por los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, de 18 de junio de 2008, relativa a la **sede del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología (EIT)**
DOUE L 206, 2.08.2008, p. 16

UE-4159 Reglamento (CE) n° 628/2008 de la Comisión, de 2 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1898/2006, que establece las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 510/2006 del Consejo sobre la **protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios**
DOUE L 173. 3.07.2008, p. 3

UE-4160 Reglamento (CE) n° 676/2008 de la Comisión, de 16 de julio de 2008, por el que se inscriben determinadas denominaciones en el **Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas** [Ail de la Drôme (IGP), Vřestarská cibule (DOP), Slovenská bryndza (IGP), Ajo Morado de Las Pedroñeras (IGP), Gamoneu o Gamonedo (DOP), Alheira de Vinhais (IGP), Presunto de Vinhais o Presunto Bísaro de Vinhais (IGP)]
DOUE L 189 17.07.2008, p. 19

UE-4161 Reglamento (CE) n° 723/2008 de la Comisión, de 25 de julio de 2008, por el que se inscriben determinadas denominaciones en el **Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas** [Afuega'l Pitu (DOP), Mazapán de Toledo (IGP),

Agneau de Lozère (IGP), Oignon doux des Cévennes (DOP), Butelo de Vinhais o Bucho de Vinhais o Chouriço de Ossos de Vinhais (IGP), Chouriça Doce de Vinhais (IGP)]

DOUE L 198, 26.07.2008, p. 28

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

UE-4162 Decisión 2008/578/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa**
DOUE L 186 15.07.2008, p. 6

UE-4163 Decisión 2008/587/CE, Euratom del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, por la que **se modifica** la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, sobre el **Estatuto del Defensor del Pueblo** y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones
DOUE L 189 17.07.2008, p. 25

UE-4164 Decisión 2008/590/CE de la Comisión, de 16 de junio de 2008, relativa a la creación de un **comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres** (Versión codificada)
DOUE L 190 18.07.2008, p. 17

UE-4165 Decisión de la Comisión, de 3 de junio de 2008, por la que se adoptan **disposiciones de aplicación** relativas al **Responsable de la Protección de Datos** de conformidad con el artículo 24, apartado 8, del Reglamento (CE) n° 45/2001 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos
DOUE L 193, 22.07.2008, p. 7

UE-4166 Protocolo de **acuerdo entre el Defensor del Pueblo Europeo y el Banco Europeo de Inversiones relativo a la información**

sobre las políticas, normas y procedimientos del Banco, así como a la tramitación de las reclamaciones, incluidas las reclamaciones presentadas por no ciudadanos y no residentes de la Unión Europea
DOUE C 244, 25.09.2008, p. 1

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

UE-4167 Decisión 2008/568/PESC del Consejo, de 24 de junio de 2005, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada

Acuerdo Entre la Confederación Suiza y la Unión Europea sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada
DOUE L 181. 10.07.2008, p. 57 y ss.

UE-4168 Decisión 2008/651/PESC/JAI del Consejo, de 30 de junio de 2008, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia

Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia
DOUE L 213, 8.08.2008, p. 47 y 49

UE-4169 Decisión 2008/665/PESC del Consejo, de 9 de junio de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Albania sobre la participación de la República de Albania en la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (Operación EUFOR Tchad/RCA)

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Albania sobre la participación de la República de Albania en la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (Operación EUFOR Tchad/RCA)
DOUE L 217, 13.08.2008, p. 18 y 19

UE-4170 Decisión 2008/666/PESC del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza sobre la participación de la Confederación Suiza en

la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO

Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza sobre la participación de la Confederación Suiza en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO

DOUE L 217, 13.08.2008, p. 23 y 24

UE-4171

Decisión 2008/669/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Guinea-Bissau sobre el estatuto de la Misión de la Unión Europea de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Guinea-Bissau sobre el estatuto de la Misión de la Unión Europea de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau

DOUE L 219, 14.08.2008, p. 65 y 66

UE-4172

Reglamento (CE) n° 646/2008 del Consejo, de 8 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 765/2006 relativo a la adopción de **medidas restrictivas contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Belarús**

DOUE L 180. 9.07.2008, p. 5

UE-4173

Reglamento (CE) n° 666/2008 del Consejo, de 15 de julio de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 889/2005, por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas respecto de la República Democrática del Congo**

DOUE L 188 16.07.2008, p. 1

UE-4174

Reglamento (CE) n° 702/2008 de la Comisión, de 23 de julio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 314/2004 del Consejo, relativo a determinadas **medidas restrictivas respecto de Zimbabue**

DOUE L 195, 24.07.2008, p. 19

UE-4175

UE-4175 Reglamento (CE) n° 705/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 243/2008 por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas contra las autoridades ilegítimas de la isla de Anjouan en la Unión de las Comoras**

DOUE L 197, 25.07.2008, p. 1

UE-4176 Reglamento (CE) n° 895/2008 de la Comisión, de 12 de septiembre de 2008, que modifica por decimotercera vez el Reglamento (CE) n° 1763/2004 por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)**
DOUE L 247, 16.09.2008, p. 19

UE-4177 Reglamento (CE) n° 803/2008 de la Comisión, de 8 de agosto de 2008, por el que se modifica por nonagésimo octava vez el Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes**
DOUE L 214, 9.08.2008, p. 52

UE-4178 Decisión 2008/583/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, por la que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre **medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo** y se deroga la Decisión 2007/868/CE
DOUE L 188 16.07.2008, p. 21

UE-4179 Decisión 2008/605/PESC del Consejo, de 22 de julio de 2008, por la que se aplica la Posición Común 2004/161/PESC relativa a la prórroga de **medidas restrictivas contra Zimbabue**
DOUE L 194, 23.07.2008, p. 34

UE-4180 Decisión 2008/732/PESC del Consejo, de 15 de septiembre de 2008, por la que se aplica la Posición Común 2004/293/PESC por la que se renuevan las **medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)**
DOUE L 247, 16.09.2008, p. 56

UE-4181 Decisión 2008/733/PESC del Consejo, de 15 de septiembre de 2008, por la que se aplica la Posición Común 2004/694/PESC sobre otras **medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)**
DOUE L 247, 16.09.2008, p. 63

UE-4182 Decisión 2008/712/PESC, BiH/13/2008 del Comité Político y de Seguridad, de 29 de julio de 2008, por la que se modifica la Decisión BiH/1/2004 sobre la aceptación de contribuciones de terceros

Estados a la Operación Militar de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina y la Decisión BiH/3/2004 sobre el establecimiento del **Comité de Contribuyentes para la Operación Militar de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina**

DOUE L 237, 4.09.2008, p. 90

UE-4183

Decisión 2008/731/PESC, CHAD/4/2008 del Comité Político y de Seguridad, de 2 de septiembre de 2008, por la que se modifica la Decisión CHAD/1/2008 del Comité Político y de Seguridad sobre la aceptación de contribuciones de terceros Estados a la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y en la República Centroafricana y la Decisión CHAD/2/2008 del Comité Político y de Seguridad sobre el establecimiento del **Comité de contribuyentes para la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana**

DOUE L 247, 16.09.2008, p. 54

UE-4184

Acción Común 2008/550/PESC del Consejo, de 23 de junio de 2008, relativa a la creación de la **Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD)** y por la que se deroga la Acción Común 2005/575/PESC

DOUE L 176. 4.07.2008, p. 20

UE-4185

Acción Común 2008/588/PESC del Consejo, de 15 de julio de 2008, de apoyo a las actividades de la comisión preparatoria de la **Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCE)**, con objeto de reforzar sus capacidades de observación y verificación y en el marco de la ejecución de la **Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva**

DOUE L 189 17.07.2008, p. 28

UE-4186

Acción Común 2008/612/PESC del Consejo, de 24 de julio de 2008, por la que se nombra al **Representante Especial de la Unión Europea en Afganistán**

DOUE L 197, 25.07.2008, p. 60

UE-4187

Acción Común 2008/643/PESC del Consejo, de 4 de agosto de 2008, por la que se modifica la Acción Común 2007/369/PESC sobre el establecimiento de la **Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL Afganistán)**

DOUE L 207, 5.08.2008, p. 43

UE-4188

Acción Común 2008/759/PESC del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, por la que se modifica la Acción Común

2008/736/PESC sobre la **Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia)**

DOUE L 259, 27.09.2008, p. 15

UE-4189

Acción Común 2008/749/PESC del Consejo, de 19 de septiembre de 2008, relativa a la **acción de coordinación militar de la Unión Europea en apoyo a la Resolución nº 1816 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (EU NAVCO)**

DOUE L 252, 20.09.2008, p. 39

UE-4190

Posición Común 2008/586/PESC del Consejo, de 15 de julio de 2008, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de **medidas específicas de lucha contra el terrorismo** y se deroga la Posición Común 2007/871/PESC

DOUE L 188 16.07.2008, p. 71

UE-4191

Posición Común del Consejo 2008/611/PESC, de 24 de julio de 2008, por la que se deroga la Posición Común 2008/187/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra el Gobierno ilegítimo de Anjouan (Unión de las Comoras)**

DOUE L 197, 25.07.2008, p. 59

UE-4192

Posición Común 2008/632/PESC del Consejo, de 31 de julio de 2008, que modifica la Posición Común 2004/161/PESC relativa a la prórroga de **medidas restrictivas contra Zimbabue**

DOUE L 205, 1.08.2008, p. 53

UE-4193

Posición Común 2008/652/PESC del Consejo, de 7 de agosto de 2008, por la que se modifica la Posición Común 2007/140/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra Irán**

DOUE L 213, 8.08.2008, p. 58

UE-4194

Posición Común 2008/761/PESC del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por la que se prorroga la Posición Común 2004/694/PESC sobre otras **medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)**

DOUE L 260, 30.09.2008, p. 60

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

UE-4195

Decisión 2008/651/PESC/JAI del Consejo, de 30 de junio de 2008, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un

Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia

Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia

DOUE L 213, 8.08.2008, p. 47 y 49

UE-4196

Decisión 2008/667/JAI del Consejo, de 7 de abril de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Agencia Espacial Europea y la Unión Europea sobre la seguridad y el intercambio de información clasificada

Acuerdo entre la Agencia Espacial Europea y la Unión Europea sobre la seguridad y el intercambio de información clasificada

DOUE L 219, 14.08.2008, p. 58 y 59

UE-4197

Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la **ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)**

DOUE L 177. 4.07.2008, p. 6

UE-4198

Reglamento (CE) n° 788/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, por el que se modifican las **listas de los procedimientos de insolvencia y los procedimientos de liquidación** de los anexos A y B del Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, y se codifican los anexos A, B y C de dicho Reglamento

DOUE L 213, 8.08.2008, p. 1

UE-4199

Reglamento (CE) n° 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el **Sistema de Información de Visados (VIS)** y el **intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros** (Reglamento VIS)

DOUE L 218, 13.08.2008, p. 60

UE-4200

Reglamento (CE) n° 856/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, que **modifica** el Reglamento (CE) n° 1683/95 por el que se establece un **modelo uniforme de visado**, en lo que se refiere a la numeración de los visados (art. 62 CE)

DOUE L 235, 2.09.2008, p. 1

UE-4201 Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la **consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal**
DOUE L 220, 15.08.2008, p. 32

UE-4202 Decisión 2008/541/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2008, que modifica la Decisión 2001/781/CE por la que se aprueba un **manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables**, en cumplimiento del Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, **relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil** [notificada con el número C(2008) 1259]
DOUE L 173. 3.07.2008, p. 17

UE-4203 Decisión 2008/602/CE de la Comisión, de 17 de junio de 2008, por la que se establecen la **arquitectura física y las características de las interfaces nacionales y de la infraestructura de comunicación entre el Sistema Central de Información de Visados y las interfaces nacionales para la fase de desarrollo**
DOUE L 194, 23.07.2008, p. 3

UE-4204 Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la **cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza**
DOUE L 210, 6.08.2008, p. 1

UE-4205 Decisión 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la **cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza**
DOUE L 210, 6.08.2008, p. 12

UE-4206 Decisión 2008/617/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la mejora de la **cooperación entre las unidades especiales de intervención de los Estados miembros de la Unión Europea en situaciones de crisis**
DOUE L 210, 6.08.2008, p. 73

UE-4207 Decisión 2008/633/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre el **acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS)** por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves
DOUE L 218, 13.08.2008, p. 129

Legislación del Estado (*)

Primer Cuatrimestre 2009

I. AGRICULTURA

EST-1 Real Decreto 244/2009, de 27 de febrero. Aplicación de las medidas del programa de apoyo al sector vitivinícola español.
BOE núm. 51, de 28 febrero 2009.

II. CULTURA

EST-2 Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre. Se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.
BOE núm. 10, de 12 enero 2009.

EST-3 Real Decreto 2063/2008, de 12 de diciembre. Se desarrolla la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas en lo relativo al ISBN.
BOE núm. 10, de 12 enero 2009.

III. DEFENSA

EST-4 Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre. Se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso.
BOE núm. 6, de 7 enero 2009.

EST-5 Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. Se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.
BOE núm. 33, de 7 febrero 2009.

(*) Sección preparada por Antonio JIMÉNEZ BLANCO. Comprende disposiciones generales publicadas en el BOE durante el 1^{er} cuatrimestre de 2009.

IV. ECONOMÍA

EST-6 Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre. Se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros.
BOE núm. 3, de 3 enero 2009.

EST-7 Real Decreto 327/2009, de 13 de marzo. Se modifica el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.
BOE núm. 63, de 14 marzo 2009.

EST-8 Real Decreto-Ley 4/2009, de 29 de marzo. Se autoriza la concesión de garantías derivadas de la financiación que pueda otorgar el Banco de España a favor de Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.
BOE núm. 76, de 29 marzo 2009.

EST-9 Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo. Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.
BOE núm. 78, de 31 marzo 2009.

EST-10 Ley 2/2009, de 31 de marzo. Se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
BOE núm. 79, de 1 abril 2009.

EST-11 Ley 3/2009, de 3 de abril. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
BOE núm. 82, de 4 abril 2009.

V. ENERGÍA

EST-12 Real Decreto 458/2009, de 3 de abril. Se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.
BOE núm. 82, de 4 de abril 2009.

VI. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

EST-13 Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo. Se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.
BOE núm. 91, de 14 abril 2009.

VII. HACIENDA

EST-14 Real Decreto-Ley 5/2009, de 24 de abril. Medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos.
BOE núm. 101, de 25 abril 2009.

VIII. JUSTICIA

EST-15 Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero. Se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.
BOE núm. 33, de 7 febrero 2009.

EST-16 Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonio protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.
BOE núm. 73, de 26 marzo 2009.

IX. POLÍTICA SOCIAL

EST-17 Real Decreto 73/2009, de 30 de enero. Prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2009.
BOE núm. 27, de 31 enero 2009.

EST-18 Real Decreto 74/2009, de 30 de enero. Se determina el nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para el ejercicio 2009. BOE núm. 27, de 31 enero 2009.

EST-19 Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero. Se modifica el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, sobre el nivel mínimo de protección del sistema para la autonomía y atención a la dependencia garantizado por la Administración General del Estado. BOE núm. 43, de 19 febrero 2009.

X. TELECOMUNICACIONES

EST-20 Real Decreto-Ley 1/2009, de 23 de febrero. Medidas urgentes en materia de telecomunicaciones. BOE núm. 47, de 24 febrero 2009.

XI. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EST-21 Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero. Se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. BOE núm. 54, de 4 marzo 2009.

EST-22 Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo. Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. BOE núm. 57, de 7 marzo 2009.

EST-23 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. BOE núm. 69, de 21 marzo 2009.

EST-24 Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo. Se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia. BOE núm. 69, de 21 marzo 2009.

Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas (*)

I. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

ARA-4

Ley 1/2009, de 30 de marzo (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Consejo Consultivo de Aragón.

BOE núm. 105, de 30 de abril.

Boletín Oficial de Aragón, núm. 68, de 8 de marzo.

AST-1

Ley 4/2008, de 24 de noviembre (Presidencia del Principado de Asturias).

Modificación de la Ley del Principado de Asturias 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 274, de 25 de noviembre.

GAL-1

Ley 17/2008, de 29 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia.

BOE de 16 de marzo.

Diario Oficial de Galicia núm. 12, de 19 de enero.

II. CARRETERAS

CAS-1

Ley 10/2008, de 9 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Carreteras de Castilla y León.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las Leyes y disposiciones con rango de Ley de las Comunidades Autónomas publicadas en el BOE durante el primer cuatrimestre de 2009 (I-IV).

III. COLEGIOS PROFESIONALES

EXT-1

Ley 1/2009, de 18 de febrero (Presidencia de la Junta de Extremadura)

Creación del Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de Extremadura.

BOE núm. 56, de 6 de marzo.

Diario Oficial de Extremadura núm. 35, de 20 de febrero.

IV. CONSUMO

DRC-1

Ley 7/2008, de 26 de diciembre (Presidencia de Cantabria).

Creación de la Agencia Cántabra de Consumo.

BOE núm. 21, de 24 de enero.

Boletín Oficial de Cantabria núm. 251, de 30 de diciembre.

V. CONTRATACIÓN PÚBLICA

ARA-2

Ley 6/2008, de 19 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Modificación de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, en lo que se refiere a la consideración del Instituto Aragonés del Agua como Administración Pública a los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación del sector público.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Boletín Oficial de Aragón núm. 216, de 22 de diciembre.

NAV-1

Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).

Modifica el artículo 51 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

BOE núm. 66, de 18 de marzo.

Boletín Oficial de Navarra núm. 26, de 2 de marzo.

VI. CULTURA

CAT-1

Ley 17/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Modificación de la Ley 6/2008, de 13 de mayo, del Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 5288, de 31 de diciembre.

VII. EDUCACIÓN

DRC-2 Ley 6/2008, de 26 de diciembre (Presidencia de Cantabria).
Educación de Cantabria.

BOE núm. 21, de 24 de enero.

Boletín Oficial de Cantabria núm. 251, de 30 de diciembre.

VIII. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

CAT-2 Ley 1/2009, de 12 de febrero (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Autoridad Catalana de la Competencia.

BOE núm. 74, de 27 de marzo.

Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5321, de 18 de febrero.

IX. IMPUESTOS AUTONÓMICOS

GAL-2 Ley 15/2008, de 19 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).
Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada.

BOE núm. 64, de 16 de marzo.

Diario Oficial de Galicia núm. 251, de 29 de diciembre.

X. INMIGRACIÓN

VAL-1 Ley 15/2008, de 5 de diciembre (Presidencia de la Generalitat Valenciana).
Integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana.

BOE núm. 9, de 10 de enero.

Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 5.911, de 11 de diciembre.

XI. INSTITUCIONES AUTONÓMICAS

CAT-3 Ley 2/2009, de 12 de febrero (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Consejo de Garantías Estatutarias.
BOE núm. 74, de 27 de marzo.
Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5321, de 18 de febrero.

XII. MEDIDAS ECONÓMICAS Y FISCALES

BAL-1 Ley 1/2009, de 25 de febrero (Presidencia de las Illes Balears).
Medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears.
BOE núm. 84, de 7 de abril.
Boletín Oficial de las Illes Balears núm. 32, de 3 de marzo.

CAS-2 Ley 2/2009, de 30 de marzo (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).
Concesión de un crédito extraordinario y un suplemento de crédito para financiar medidas de apoyo a trabajadores desempleados e incentivos a la inversión.
BOE núm. 92, de 20 de abril.
Boletín Oficial de Castilla y León núm. 64, suplemento, de 3 de abril.

AST-2 Ley 6/2008, de 30 de diciembre (Presidencia del Principado de Asturias).
Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2009.
BOE núm. 68, de 20 de marzo.
Boletín Oficial de la Presidencia de Asturias núm. 302, de 31 de diciembre.

EXT-2 Ley 2/2009, de 2 de marzo (Presidencia de la Junta de Extremadura).
Puesta en marcha de un Plan Extraordinario de Apoyo al Empleo Local.
BOE núm. 67, de 19 de marzo.
Diario Oficial de Extremadura núm. 45, de 6 de marzo.

MAD-1 Ley 3/2008, de 29 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid).
Medidas Fiscales y Administrativas.

BOE núm. 66, de 18 de marzo.

Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 310, de 30 de diciembre.

CAN-1 Ley 6/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Medidas tributarias incentivadoras de la actividad económica.

BOE núm. 39, de 14 de febrero.

Boletín Oficial de Canarias núm. 261, de 31 de diciembre.

VAL-2 Ley 16/2008, de 22 de diciembre (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

BOE núm. 27, de 31 de enero.

Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 5.922, de 29 de diciembre.

ARA-3 Ley 9/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Autoriza al Gobierno de Aragón a prestar un aval a General Motors España, S.L.

BOE núm. 26, de 30 de enero.

Boletín Oficial de Aragón núm. 222, de 31 de diciembre.

ARA-4 Ley 11/2008, de 29 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

BOE núm. 26, de 30 de enero.

Boletín Oficial de Aragón núm. 222, de 31 de diciembre.

CAT-4 Ley 16/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Medidas fiscales y financieras.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 5288, de 31 de diciembre.

RIO-1 Ley 5/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2009.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Boletín Oficial de La Rioja núm. 167, de 29 de diciembre.

DRC-3 Ley 9/2008, de 26 de diciembre (Presidencia de Cantabria).
Medidas Fiscales y de Contenido Financiero.
BOE núm. 21, de 24 de enero.
Boletín Oficial de Cantabria núm. 251, de 30 de diciembre.

EXT-3 Ley 6/2008, de 26 de diciembre (Presidencia de la Junta de Extremadura).
Medidas Fiscales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
BOE núm. 16, de 19 de enero.
Diario Oficial de Extremadura núm. 252, de 31 de diciembre.

VAL-2 Ley Foral 22/2008, de 24 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.
BOE núm. 67, de 19 de marzo.
Boletín Oficial de Navarra núm. 159, de 31 de diciembre.

XIII. MEDIO AMBIENTE

CAS-3 Ley 1/2009, de 26 de febrero (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).
Modificación de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León.
BOE núm. 66, de 18 de marzo.
Boletín Oficial de Castilla y León núm. 41, de 2 de marzo.

ARA-5 Ley 8/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Aragón).
Modificación de la Ley 2/1992, de 13 de marzo, de creación del Consejo de Protección de la Naturaleza.
BOE núm. 26, de 30 de enero.
Boletín Oficial de Aragón núm. 222, de 31 de diciembre.

CAS-4 Ley 9/2008, de 9 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).
Modificación de la Ley 6/1992, de 18 de diciembre, de protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en Castilla y León.
BOE núm. 15, de 17 de enero.
Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

CAS-5 Ley 11/2008, de 9 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Declaración de la Reserva Natural “Acebal de Garagüeta” en Soria.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

CAS-6 Ley 12/2008, de 9 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Declaración del Parque Natural de “Lagunas Glaciares de Neila” en Burgos.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

CAS-7 Ley 15/2008, de 18 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Declaración del Parque Natural Hoces del Alto Ebro y Rudrón en Burgos.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

CAS-8 Ley 16/2008, de 18 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Amplía el Parque Natural de las Batuecas-Sierra de Francia en Salamanca.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

XIV. MUJER

CAS-9 Ley 14/2008, de 18 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

XV. PESCA

GAL-3 Ley 11/2008, de 3 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Pesca de Galicia.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Diario Oficial de Galicia núm. 243, de 16 de diciembre.

XVI. PRESUPUESTOS

AST-3 Ley 5/2008, de 30 de diciembre (Presidencia del Principado de Asturias).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 68, de 20 de marzo.

Boletín Oficial de la Presidencia de Asturias núm. 302, de 31 de diciembre.

MAD-2 Ley 2/2008, de 22 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 66, de 18 de marzo.

Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 310, de 30 de diciembre.

GAL-4 Ley 16/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 64, de 16 de marzo.

Diario Oficial de Galicia núm. 253, de 31 de diciembre.

CAN-2 Ley 5/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 39, de 14 de febrero.

Boletín Oficial de Canarias núm. 261, de 31 de diciembre.

CAS-10 Ley 18/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 37, de 12 de febrero.

Boletín Oficial del Castilla y León núm. 250, de 29 de diciembre.

VAL-3 Ley 17/2008, de 29 de diciembre (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 27, de 31 de enero.

Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 5924, de 31 de diciembre.

ARA-6 Ley 10/2008, de 29 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Presupuestos Generales para 2009.

BOE núm. 26, de 30 de enero.
Boletín Oficial de Aragón núm. 222, de 31 de diciembre.

BAL-2 Ley 9/2008, de 19 de diciembre (Presidencia de las Illes Balears).
Presupuestos Generales para 2009.
BOE núm. 23, de 27 de enero.
Boletín Oficial de las Illes Balears núm. 182, de 27 de diciembre.

CAT-5 Ley 15/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Presupuestos Generales para 2009.
Comunidad Autónoma de Cataluña
BOE núm. 22, de 26 de enero.
Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 5288, de 31 de diciembre.

RIO-2 Ley 4/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).
Presupuestos Generales para 2009.
BOE núm. 22, de 26 de enero.
Boletín Oficial de La Rioja núm. 167, de 29 de diciembre.

CAN-3 Ley 8/2008, de 26 de diciembre (Presidencia de Cantabria).
Presupuestos Generales para 2009.
BOE núm. 21, de 24 de enero.
Boletín Oficial de Cantabria núm. 251, de 30 de diciembre.

EXT-4 Ley 5/2008, de 26 de diciembre (Presidencia de la Junta de Extremadura).
Presupuestos Generales para 2009.
BOE núm. 16, de 19 de enero.
Diario Oficial de Extremadura núm. 252, de 31 de diciembre.

NAV-3 Ley Foral 21/2008, de 24 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Presupuestos Generales para 2009.
BOE núm. 67, de 19 de marzo.
Boletín Oficial de Navarra núm. 159, de 31 de diciembre.

XVII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

NAL-4 Ley 1/2009, de 26 de marzo (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Creación del Colegio Oficial de Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunitat Valenciana.

BOE núm. 91, de 14 de abril.

Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 5983, de 27 de marzo.

XVIII. RÉGIMEN LOCAL

GAL-5

Ley 12/2008, de 3 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Modifica la Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal, y la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo, y se racionalizan los instrumentos de gestión comarcal y de desarrollo rural.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Diario Oficial de Galicia núm. 243, de 16 de diciembre.

XIX. SANIDAD

RIO-3

Ley 1/2009, de 16 de marzo (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Aprueba el Convenio de Colaboración a suscribir entre la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comunidad Autónoma de Cantabria con objeto de fijar criterios de colaboración sobre trasplante hepático, cardíaco y pulmonar.

BOE núm. 86, de 9 de abril.

Boletín Oficial de La Rioja núm. 38, de 23 de marzo.

XXI. SECTOR ELÉCTRICO

CAT-6

Ley 18/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Garantía y calidad del suministro eléctrico.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 5288, de 31 de diciembre.

XXI. SECTOR PÚBLICO

ARA-7

Ley 7/2008, de 19 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Modificación de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

Boletín Oficial de Aragón núm. 216, de 22 de diciembre.

DRC-4

Ley 5/2008, de 19 de diciembre (Presidencia de Cantabria).

Creación del Instituto Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo.

BOE núm. 21, de 24 de enero.

Boletín Oficial de Cantabria núm. 251, de 30 de diciembre.

CAS-11

Ley 17/2008, de 23 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Creación de la Empresa Pública Castilla y León Sociedad Patrimonial y del Ente Público Instituto de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León.

BOE núm. 37, de 12 de febrero.

Boletín Oficial del Castilla y León núm. 250, de 29 de diciembre.

XXII. SERVICIOS SOCIALES

GAL-6

Ley 13/2008, de 3 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Servicios sociales de Galicia.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Diario Oficial de Galicia núm. 245, de 18 de diciembre.

XXIII. TRANSPORTE

CAN-4

Ley 1/2009, de 10 de febrero (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias)

Modifica la Ley 12/2007, de 24 de abril, de Ordenación del Transporte Marítimo de Canarias.

BOE núm. 66, de 18 de marzo.

Boletín Oficial de Canarias núm. 34, de 19 de febrero.

XXIV. TURISMO

GAL-7

Ley 14/2008, de 3 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Turismo de Galicia.

BOE núm. 64, de 16 de marzo.

Diario Oficial de Galicia núm. 246, de 19 de diciembre.

XXV. UNIVERSIDADES

CAS-12

Ley 13/2008, de 9 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Cambia la denominación “Universidad S.E.K.” por “IE Universidad”, con sede en Segovia.

BOE núm. 15, de 17 de enero.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 249, de 26 de diciembre.

XXVI. URBANISMO

CAT-7

Ley 3/2009, de 10 de marzo (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Regularización y mejora de urbanizaciones con déficits urbanísticos.

BOE núm. 85, de 8 de abril.

Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5342, de 19 de marzo.

XXVII. VIVIENDA

GAL-8

Ley 18/2008, de 29 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Vivienda de Galicia.

BOE núm. 65, de 17 de marzo.

Diario Oficial de Galicia núm. 13, de 20 de enero.

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

NOTA PRELIMINAR

El presente número de la *Revista Andaluza de Administración Pública* supone una inflexión en su andadura tras el acuerdo de su Consejo de Redacción de adaptarla a los nuevos requerimientos de calidad y acomodarla a una periodicidad cuatrimestral a partir del 1 de enero de 2009. Para evitar que el último trimestre de 2008 quede al margen de esta crónica reseñamos en esta nota preliminar la legislación andaluza de mayor repercusión durante ese periodo. Es de destacar, en este sentido, la aprobación de las tres únicas leyes andaluzas del ejercicio anterior: en primer lugar, la Ley 1/2008, de 27 de noviembre, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía, y de agilización de procedimientos administrativos (BOJA núm. 245, de 11 de diciembre), que resulta de la convalidación parlamentaria y tramitación como Ley del Decreto-ley 1/2008, de 3 de junio, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía; en segundo lugar, la Ley 2/2008, de 10 de diciembre, de acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población (BOJA núm. 255, de 24 de diciembre), que desarrolla la Ley estatal 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno Local con el fin de implementar el acceso a la categoría legal de municipio de gran población y que tales municipios puedan adaptar su régimen organizativo a lo dispuesto en el Título X de la LBRL; y, en tercer lugar, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 2009. Asimismo ha de consignarse la aprobación del Decreto-Ley 2/2008, de 9 de diciembre (BOJA núm. 244, de 10 de diciembre), que aprueba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA) con el fin de complementar el Fondo Estatal de Inversión Local creado por el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, para financiar inversiones generadoras de empleo en los municipios andaluces y desarrollar acciones formativas en situaciones de desempleo.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las leyes y disposiciones generales más importantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el primer cuatrimestre de 2009 (I-IV).

I. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

AND-1 Decreto-Ley 1/2009, de 24 de febrero (Consejería de la Presidencia).
Medidas urgentes de carácter administrativo.
BOJA núm. 40, de 27 de febrero.

AND-2 Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía 3/2009, de 23 de abril.
Reestructuración de Consejerías.
BOJA núm. 78, de 24 de abril.

II. AGRICULTURA

AND-3 Decreto 31/2009, de 3 de febrero (Consejería de Agricultura y Pesca).
Modifica el Decreto 221/2006, de 19 de diciembre, por el que se regula el reconocimiento y registro de las Entidades que presten servicio de asesoramiento a las explotaciones agrarias en Andalucía y la concesión de ayudas a su creación, adaptación y utilización.
BOJA núm. 25, de 6 de febrero.

III. AGUA

AND-4 Decreto 70/2009, de 31 de marzo (Consejería de Salud).
Reglamento de Vigilancia Sanitaria y Calidad del Agua de Consumo Humano de Andalucía.
BOJA núm. 73, de 17 de abril.

IV. CIENCIA Y EMPRESA

AND-5 Decreto 67/2009, de 24 de marzo (Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa)
Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Comité Andaluz para la Sociedad del Conocimiento.
BOJA núm. 66, de 6 de abril.

V. CONSUMO

AND-6 Decreto 5/2009, de 13 de enero (Consejería de Gobernación).
Crea la Red de Alerta de Andalucía de Productos de Consumo y se regula la adopción de medidas administrativas preventivas.
BOJA núm. 20, de 30 de enero.

AND-7 Decreto 68/2009, de 24 de marzo (Consejería de la Presidencia).
Disposiciones específicas para la aplicación de la normativa comunitaria y estatal en materia de subproductos de origen animal no destinados a consumo humano.
BOJA núm. 66, de 6 de abril.

VI. CULTURA

AND-8 Acuerdo de 13 de enero de 2009, del Consejo de Gobierno.
Crea el Bono Cultural.
BOJA núm. 29, de 11 de febrero.

VII. DEFENSOR DEL PUEBLO

AND-9 Acuerdo de 25 de marzo de 2009, de la Presidencia del Parlamento Andaluz.
Modificación del artículo 36 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz.
BOJA núm. 66, de 6 de abril.

VIII. DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD

AND-10 Decreto 536/2008, de 30 de diciembre (Consejería para la Igualdad y Bienestar Social).
Modifica el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día, y el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía.
BOJA núm. 12, de 20 de enero.

IX. EDUCACIÓN

AND-11 Decreto 16/2009, de 20 de enero (Consejería de Educación).
Establece la Ordenación y el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Danza en Andalucía.
BOJA núm. 23, de 4 de febrero.

AND-12 Decreto 17/2009, de 20 de enero (Consejería de Educación).
Establece la Ordenación y el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Música en Andalucía.
BOJA núm. 23, de 4 de febrero.

AND-13 Decreto 35/2009, de 17 de febrero (Consejería de Educación).
Crea las Escuelas Infantiles de Titularidad Municipal en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
BOJA núm. 43, de 4 de marzo.

AND-14 Decreto 66/2009, de 17 de marzo (Consejería de Educación).
Asigna a la Consejería de Educación los medios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de educación por el Real Decreto 642/2007, de 18 de mayo, y el Real Decreto 1673/2008, de 17 de octubre (Centros dependientes del Ministerio de Defensa).
BOJA núm. 62, de 31 de marzo.

AND-15 Decreto 71/2009, de 31 de marzo (Consejería de Educación).
Regula el Censo de Entidades Colaboradoras de la Enseñanza.
BOJA núm. 73, de 17 de abril.

X. EMERGENCIAS

AND-16 Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 13 de enero de 2009.
Aprueba el Plan de Emergencias ante el Riesgo Sísmico en Andalucía.
BOJA núm. 20, de 30 de enero.

AND-17 Decreto 100/2009, de 27 de abril (Consejería de la Presidencia).
Modifica el Decreto 232/2005, de 25 de octubre, por el que se crea el Comité Ejecutivo para el Control, Evaluación y Seguimiento de la gripe aviar y se regula su composición y funciones.
BOJA núm. 81, de 29 de abril.

XI. ESTADÍSTICA

AND-18 Decreto 15/2009, de 20 de enero (Consejería de Economía y hacienda).

Aprueba el Programa Estadístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009.

BOJA núm. 23, de 4 de febrero.

XII. FAMILIA

AND-19 Ley 1/2009, de 27 de febrero (Presidencia de la Junta de Andalucía)

De la Mediación Familiar.

BOJA núm. 50, de 13 de marzo.

AND-20 Decreto 59/2009, de 10 de marzo (Consejería de la Presidencia).
Modifica el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, y el Decreto 18/2003, de 4 de febrero, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas.

BOJA núm. 50, de 13 de marzo.

XIII. HACIENDA AUTONÓMICA

AND-21 Decreto 79/2009, de 14 de abril (Consejería de Economía y Hacienda).

Autoriza la puesta en circulación de una o varias emisiones de Deuda Pública de la Junta de Andalucía, o la concertación de operaciones de endeudamiento, cualquiera que sea la forma como se documenten, tanto en operaciones en el interior como en el exterior, por un importe máximo equivalente a ochocientos setenta y cinco millones doscientos trece mil novecientos ochenta y siete euros, y se autoriza el establecimiento de un Programa EMTN (*Euro Medium Term Notes*) como instrumento para la canalización de emisiones de deuda de la Comunidad.

BOJA núm. 78, de 24 de abril.

XIV. INSPECCIÓN DE TRABAJO

AND-22 Decreto 48/2009, de 3 de marzo (Consejería de Empleo).

Crea la Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía.
BOJA núm. 53, de 18 de marzo.

XV. MEDIO AMBIENTE

AND-23 Decreto 23/2009, de 27 de enero (Consejería de la Presidencia).
Establece el marco regulador de las ayudas a favor del medio ambiente y del desarrollo energético sostenible que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 25, de 6 de febrero.

XVI. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

AND-24 Decreto 525/2008, de 16 de diciembre (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).
Regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo.
BOJA núm. 12, de 20 de enero.

AND-25 Decreto 34/2009, de 17 de febrero (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).
Acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Sur de la provincia de Córdoba.
BOJA núm. 53, de 18 de marzo.

AND-26 Decreto 26/2009, de 3 de febrero (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).
Aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Levante Almeriense y se crea su Comisión de Seguimiento.
BOJA núm. 57, de 24 de marzo.

XVII. PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

AND-27 Decreto 524/2008, de 16 de diciembre (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Regula las competencias y el procedimiento en materia de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y del Sector Público Andaluz.

BOJA núm. 6, de 12 de enero.

AND-28 Decreto 33/2009, de 17 de febrero (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2009.

BOJA núm. 40, de 27 de febrero.

XVIII. SANIDAD

AND-29 Decreto 49/2009, de 3 de marzo (Consejería de Salud).
Protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía.

BOJA núm. 53, de 18 de marzo.

XIX. VIOLENCIA DE GÉNERO

AND-30 Decreto 1/2009, de 7 enero (Consejería para la Igualdad y Bienestar Social).

Regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género.

BOJA núm. 15, de 23 de enero.

AND-31 Decreto 72/2009, de 31 de marzo (Consejería para la Igualdad y Bienestar Social).

Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género.

BOJA núm. 74, de 20 de abril.

ÍNDICE ANALÍTICO

Acción de coordinación militar de la Unión Europea en apoyo a la Resolución n° 1816 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (**EU NAVCO**), **UE-4189**

Aceptación compromisos ofrecidos en relación con procedimiento antidumping, **UE-4095**

Acuerdo asociación en sector pesquero CE–República Islámica de Mauritania, **UE-4058**

Acuerdo CE–Gobierno de Dinamarca y Gobierno local de las Islas Feroe, **UE-4013**

Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la CE–Reino Hachemí de Jordania que modifica el Acuerdo de Asociación CE–Jordania, **UE-4118**

Acuerdo entre el Defensor del Pueblo Europeo y el Banco Europeo de Inversiones relativo a la información sobre las políticas, normas y procedimientos del Banco, **UE-4166**

Acuerdo entre la Agencia Espacial Europea y la Unión Europea sobre la seguridad y el intercambio de información clasificada, **UE-4196**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, **UE-4162**

Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno local de las Islas Feroe, por otra, **UE-4120**

Acuerdo Entre la Confederación Suiza y la Unión Europea sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada, **UE-4167**

Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia, **UE-4168, UE-4195**

Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza sobre la participación de la Confederación Suiza en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, **EULEX KOSOVO, UE-4170**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Albania sobre la participación de la República de Albania en la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (Operación EUFOR Tchad/RCA), **UE-4169**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Guinea–Bissau sobre el estatuto de la Misión de la Unión Europea de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea–Bissau, **UE-4171**

Acuerdo interino sobre comercio CCEE–Bosnia y Herzegovina, **UE-4014, UE-4121**

Acuerdo Internacional del Café de 2007, **UE-4021**

Administración autonómica: **AND-1; AND-2**

Administración de Justicia: **EST-15**

Adopción por Eslovaquia de la moneda única el 1 de enero de 2009, **UE-4113**

Agencia Cántabra de Consumo: **DRC-1**

Agricultura: **AND-3**

Agua: **AND-4**

Almacenamiento y a los movimientos de los productos comprados por un organismo pagador o de intervención, **UE-4031**

Altos Cargos: **EST-13**

Aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro, **UE-4129**

Aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, **UE-4069**

Apoyo a las familias: **AND-20**

Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, **UE-4134**

Arquitectura física y las características de las interfaces nacionales y de la infraestructura de comunicación entre el Sistema Central de Información de Visados y las interfaces nacionales para la fase de desarrollo, **UE-4203**

Asistencia mutua entre autoridades administrativas de los Estados miembros y la Comisión para la correcta aplicación de reglamentaciones aduanera y agraria, **UE-4012, UE-4036**

Autoridad Catalana de la Competencia: **CAT-2**

Autorización de las ayudas estatales, **UE-4097, UE-4098, UE-4099, UE-4100, UE-4101, UE-4102, UE-4103, UE-4104, UE-4105, UE-4106, UE-4107, UE-4108**

Ayuda comunitaria al desarrollo rural, **UE-4143, UE-4144**

Ayuda para el almacenamiento privado de determinados productos agrícolas, **UE-4037**

Ayudas estatales concedidas a las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca, **UE-4064**

Ayudas estatales concedidas a las pequeñas y medianas empresas, **UE-4087**

Caja de Ahorros de Castilla–La Mancha: **EST-8**

Caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas hortícolas, **UE-4056**

Características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis, **UE-4023**

Carreteras: **CAS-1**

Categorías de ayuda compatibles con el mercado común, **UE-4089**

Censos de población y vivienda, **UE-4154**

Cine: **EST-2**

Clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas, **UE-4134**

Colegios Profesionales: **EXT-1**

Comarcas: **GAL-5**

Comercialización de plántones de hortalizas y de materiales de multiplicación de hortalizas, distintos de las semillas, **UE-4053**

Comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, **UE-4015**

Comercio Exterior de Material de Defensa: **EST-4**

Comité Andaluz para la Sociedad del Conocimiento: **AND-5**

Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, **UE-4164**

Comité de Contribuyentes para la Operación Militar de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina, **UE-4182**

Comité de contribuyentes para la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana, **UE-4183**

Comités científicos y expertos en el ámbito de la seguridad de los consumidores, la salud pública y el medio ambiente, **UE-4149**

Condiciones de importación de productos agrícolas originarios de terceros países como consecuencia del accidente ocurrido en la central nuclear de Chernobil, **UE-4017**

Condiciones para que determinados animales de especies sensibles puedan acogerse a una excepción a la prohibición de salida, **UE-4029**

Condiciones zoonositarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad, **UE-4034**

Consejo aragonés de protección de la naturaleza: **ARA-5**

Consejo Consultivo de Aragón: **ARA-1**

Consejo de Garantías Estatutarias: **CAT-3**

Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes: **CAT-1**

Consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, **UE-4201**

Construcción: **EST-7**

Consumo: **AND-6; AND-7**

Contenido máximo de determinados contaminantes en los productos alimenticios, **UE-4125**

Contratos de préstamo o crédito: **EST-10**

Contratos Públicos: **NAV-1**

Control de la adquisición y tenencia de armas, **UE-4131**

Cooperación entre las unidades especiales de intervención de los Estados miembros de la Unión Europea en situaciones de crisis, **UE-4206**

Cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, **UE-4204 UE-4205**

Criterios específicos de pureza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes, **UE-4135**

Cultura: **AND-8**

Decisión relativa a las medidas adoptadas por España en favor de Chupa Chups, **UE-4096**

Declaración de principios europea sobre la interfaz persona-máquina, actualización, **UE-4141**

Defensor del Pueblo Andalúz: **AND-9**

Dependencia y discapacidad: **AND-10**

Dependencia: **EST-17, EST-18, EST-19**

Derecho antidumping definitivo, **UE-4084, UE-4085, UE-4086, UE-4088, UE-4090, UE-4092, UE-094**

Derecho compensatorio definitivo, **UE-4091**

Derogación Reglamento (CE) n° 1962/2006 (aviación civil), **UE-4076**

Desarrollo Rural: **GAL-5**

Deuda Pública: **AND-21**

Dióxido de carbono como sustancia activa, **UE-4133**

Disposiciones excepcionales relativas a los certificados de exportación en el sector de la carne de porcino, **UE-4039**

Disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles, **UE-4050**

Educación: **DRC-2; AND-11; AND-12; AND-13; AND-14; AND-15**

Empleo: **EST-22**

Empresa Pública Castilla y León Sociedad Patrimonial

Energía eléctrica: **EST-12**

Entidades locales: **EST-14**

Entrada en funcionamiento del consejo consultivo regional del Mar Mediterráneo en virtud de la política pesquera común, **UE-4068**

Equipos marinos, **UE-4078**

Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD), **UE-4184**

Espacios Naturales: **CAS-4; CAS-5; CAS-6; CAS-7; CAS-8**

Establecimiento de un marco comunitario para la recopilación, gestión y uso de los datos del sector pesquero, **UE-4060**

Estadística: **AND-18**

Estadísticas comunitarias sobre la estructura y la actividad de las filiales extranjeras, **UE-4152**

Estatuto del Defensor del Pueblo, modificación, **UE-4163**

Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva, **UE-4185**

Exigencias de información estadística del Banco Central Europeo en materia de cuentas financieras trimestrales, **UE-4117**

Exportación e importación de productos químicos peligrosos, **UE-4018, UE-4148**

Foro consultivo sobre diseño ecológico, **UE-4139**

Fuerzas Armadas: **EST-5**

Garantía de la Comunidad al Banco Europeo de Inversiones para absorber las pérdidas que se deriven de préstamos para la realización de proyectos fuera de la Comunidad, **UE-4124, UE-4142**

Garantía y calidad del suministro eléctrico: **CAT-6**

Gestión de los activos exteriores de reserva del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales, **UE-4116**

Gestión del mercado interior del azúcar y régimen de cuotas, **UE-4028, UE-4126**

Grupo de expertos sobre historiales de crédito, **UE-4114**

Homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros, **UE-4127, UE-4132**

Identificación y al registro de cerdos, **UE-4054**

Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada: **GAL-2**

Informe anual relativo al plan nacional de control único, integrado y plurianual, **UE-4057**

Inmigración: **VAL-1**

Inspección de Trabajo y Seguridad Social: **AND-22**

Instalación de los dispositivos de alumbrado y de señalización luminosa de los vehículos a motor y de sus remolques, **UE-4137**

Instituto Aragonés del Agua: **ARA-2**

Instituto Cantabro de Seguridad y Salud en el Trabajo: **DRC-4**

- Instituto de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León: **CAS-11**
Intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros, **UE-4199**
Interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad, **UE-4079**
Interoperabilidad transfronteriza de los sistemas de historiales médicos electrónicos, **UE-4151**
Introducción del euro en Eslovaquia, **UE-4111**
- Laboratorios comunitarios de referencia para las enfermedades de los crustáceos, la rabia y la tuberculosis bovina, **UE-4032**
Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), **UE-4197**
Libro: **EST-3**
Licitaciones permanentes para la reventa en el mercado comunitario de cereales que obran en poder de los organismos de intervención de los Estados miembros, **UE-4043**
Liquidación de cuentas del FEAGA y del FEADER, **UE-4049**
Lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad, **UE-4074**
Lista de buques que practican la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en el Atlántico Norte, **UE-4059**
Listas de los procedimientos de insolvencia y los procedimientos de liquidación, **UE-4198**
- Mantenimiento de los derechos antidumping, **UE-4093**
Manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, **UE-4202**
Marco común para la comercialización de los productos, **UE-4140**
Marco común para la recopilación de datos sobre la gestión de las solicitudes de pensión, **UE-4071**
Mediación familiar: **AND-19**
Medidas económicas y fiscales de acompañamiento a los Presupuestos: **BAL-1; CAS-2; AST-2; EXT-2; MAD-1; CAN-1, VAL-2; ARA-3; ARA-4; CAT-4; RIO-1; DRC-3; EXT-3; NAV-2**
Medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), **UE-4180, UE-4181, UE-4194**
Medidas específicas de lucha contra el terrorismo, **UE-4190**
Medidas restrictivas contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Belarús, **UE-4172**

- Medidas restrictivas contra Irán, **UE-4193**
- Medidas restrictivas contra las autoridades ilegítimas de la isla de Anjouan en la Unión de las Comoras, **UE-4175, UE-4191**
- Medidas restrictivas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), **UE-4176, UE-4180**
- Medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, **UE-4178**
- Medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, **UE-4177**
- Medidas restrictivas respecto de la República Democrática del Congo, **UE-4173**
- Medidas restrictivas respecto de Zimbabwe, **UE-4174, UE-4179, UE-4192**
- Medio ambiente: **CAS-3; AND-23**
- Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia), **UE-4188**
- Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL Afganistán), **UE-4187**
- Modelo uniforme de visado, modifica, **UE-4200**
- MODERNIZACIÓN DE DESTINOS TURÍSTICOS: **EST-6**
- Modificación del anexo I del Acta de adhesión de Bulgaria y Rumanía, **UE-4119**
- Mujer: **CAS-9**
- No oposición a una concentración notificada, **UE-4109**
- Normas adoptadas por organizaciones de productores del sector de la pesca, **UE-4061**
- Normas básicas comunes de seguridad aérea, **UE-4075**
- Normas de comercialización de la carne de aves de corral, **UE-4048**
- Normas de comercialización del aceite de oliva, **UE-4022**
- Ordenación del Territorio y Urbanismo: **CAT-7; AND-24; AND-25; AND-26**
- Organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales, **UE-4155**
- Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCE), **UE-4185**
- Organizaciones profesionales del sector oleícola, sus programas de actividades y su financiación, **UE-4041**
- Organizaciones y acuerdos interprofesionales en el sector del tabaco, **UE-4030**
- Orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, **UE-4070**

Participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales:

GAL-1

Personal al servicio de la Administración: **AND-27; AND-28**

Pesca: **GAL-3; CAS-4**

Pienso de ayuda a la función renal en caso de insuficiencia renal crónica, **UE-4052**

Posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones de peces, **UE-4062**

Preparativos para la introducción del efectivo en euros y sobre la distribución y subdistribución anticipadas de billetes y monedas en euros fuera de la zona del euro, **UE-4115**

Prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior, **UE-4080**

Presentación de estadísticas de acuicultura por parte de los Estados miembros, **UE-4153**

Prestaciones por muerte y supervivencia: **EST-24**

Presupuestos Generales para 2009: **AST-3; MAD-2; GAL-4; CAN-2; CAS-10; VAL-3; ARA-6; BAL-2; CAT-5; RIO-2; CAN-3; EXT-4; NAV-3**

Prevención de Riesgos Laborales **VAL-4; CAS-11; DRC-4**

Procedimiento administrativo: **AND-1**

Procedimiento de gestión comunitaria de los contingentes cuantitativos, **UE-4016**

Procedimientos de aceptación de los cereales por los organismos pagadores o los organismos de intervención, **UE-4026**

Procedimientos de transacción en casos de cártel, **UE-4083**

Procedimientos para confeccionar listas y publicar información en los ámbitos veterinario y zootécnico, **UE-4055**

Procedimientos que deben seguirse para la exportación de residuos a determinados países, **UE-147**

Producción obtenida al margen de cuotas en el sector del azúcar, **UE-4040**

Producción y etiquetado de los productos ecológicos, **UE-4047**

Productos cosméticos, **UE-4136**

Programa de investigación y desarrollo emprendido por varios Estados miembros y destinado a mejorar la calidad de vida de las personas mayores, **UE-4156**

Programa de investigación y desarrollo, emprendido por varios Estados miembros, destinado a apoyar a las PYME que realizan actividades de investigación y desarrollo, **UE-4157**

Programa específico de control e inspección de las poblaciones de bacalao que se encuentran en el Kattegat, el Mar del Norte, el Skagerrak, la Mancha Oriental, las aguas occidentales de Escocia y el Mar de Irlanda, **UE-4067**

Programas europeos de radionavegación por satélite (EGNOS y Galileo), **UE-4145**

Programas nacionales de reestructuración para el sector del algodón, **UE-4024**

Prohibición de pesca de bacalao por buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4066**

Prohibición de pesca de eglefino por buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4065**

Protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, **UE-4159**

Protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca: **CAS-4**

Protección de los ecosistemas marinos vulnerables de alta mar frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo, **UE-4063**

Reconocimiento de cualificaciones profesionales, **UE-4072**

Reconocimiento de las agrupaciones de productores en el sector del lúpulo, **UE-4033**

Reconocimiento mutuo de procedimientos para la desnaturalización completa del alcohol a efectos de su exención de los impuestos especiales, **UE-4038**

Régimen agromonetario del euro en el sector agrario, **UE-4035**

Régimen de exportación de mercancías no incluidas en el anexo I del Tratado, **UE-4046**

Régimen de importación de determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas, **UE-4044**

Registro Civil: **EST-16**

Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, **UE-4160, UE-4161**

Registro de las rentas de las explotaciones agrícolas, **UE-4042**

Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, **UE-4010, UE-4011**

Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, **UE-4009**

Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, **UE-4008**

Reglamento financiero tipo de las agencias ejecutivas, **UE-4007**

Reglamento interno del Consejo de Asociación UE-Egipto, **UE-4122**

Representante Especial de la Unión Europea en Afganistán, **UE-4186**

Requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea, **UE-4073**

Requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos, **UE-4020, UE-4130**

Responsable de la Protección de Datos, disposiciones de aplicación, **UE-4165**

Restituciones a la exportación para determinados productos agrícolas, **UE-4025**

Restituciones por la exportación de determinados productos en el sector de la carne de porcino, **UE-4045**

Revisión de las modalidades de financiación en caso de fluctuaciones a corto plazo de los ingresos de exportación (Acuerdo Cotonú), **UE-4123**

Riesgo Sísmico: **AND-16**

Sala de Recurso de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, **UE-4128**

Sanidad: **AND-17; AND-29**

Sector Público Empresarial: **ARA-7**

Sector vitivinícola: **EST-1**

Sede del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología (EIT), **UE-4158**

Seguridad de los sistemas de transporte inteligentes, **UE-4082**

Seguridad Social: **EST-23**

Servicios sociales: **GAL-6**

Sistema de Información de Visados (VIS), acceso para consultar, **UE-4207**

Sistema de Información de Visados (VIS), **UE-4199**

Sistema de preferencias arancelarias generalizadas para 2009–2011, **UE-4019**

Sistemas de información y comunicación a bordo de vehículos seguros y eficientes, **UE-4141**

Sistemas que prestan servicios móviles por satélite (SMS), **UE-4138**

Situación Económica: **EST-9**

Sociedades Mercantiles: **EST-11**

Supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, **UE-4110**

Sustancias indeseables en la alimentación animal, **UE-4051**

Telecomunicaciones: **EST-20**

Tipo de conversión entre la moneda eslovaca y el euro, **UE-4112**

Trabajador autónomo: **EST-21**

Transformación de la «Agencia Ejecutiva para el Programa de Salud Pública» en la «Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo», **UE-4150**

Transporte comercial por avión, **UE-4077**

Transporte Marítimo: **CAN-4**

Transporte terrestre de mercancías peligrosas, **UE-4081**

Traslados de residuos, **UE-4146**

Trasplantes de órganos: **RIO-3**

Turismo: **GAL-7**

Universidades: **CAS-12**

Violencia de género: **AND-30; AND-31**

Vivienda: **GAL-8**

Zonas protegidas en la Comunidad expuestas a riesgos fitosanitarios específicos, **UE-4027**

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES*

La seguridad de los productos de consumo en Andalucía. (Decreto 5/2009, de 13 de Enero)¹

I.- El Decreto 5/2009, de 13 de enero (BOJA núm. 20, de 30 de enero), crea la Red de Alerta de Andalucía de Productos de Consumo y regula la adopción de medidas administrativas preventivas. Desarrolla, por una parte, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía en lo que concierne a las medidas administrativas preventivas y a las advertencias y requerimientos. Y, por otra, desarrolla la legislación estatal en tales materias, contenida en el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, dictado con carácter básico (disposición final primera)² y que transpone la Directiva 2001/95/CE, del Parlamento y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

Como se desprende de su rúbrica, son dos fundamentalmente las materias que regula: la Red de Alerta de Andalucía y las medidas preventivas ante situaciones de riesgo inaceptable para la seguridad de las personas consumidoras y usuarias³. Tras un primer capítulo, llamado “disposiciones generales”

* Sección redactada bajo la dirección de José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ.

¹ Realizado por M^a del Carmen NÚÑEZ LOZANO (Universidad de Huelva).

²El carácter básico de la totalidad del Real Decreto resulta, a nuestro juicio, discutible, así como su densidad normativa habida cuenta tal carácter básico. No obstante, el Decreto que vamos a comentar le reconoce este carácter en su Exposición de Motivos.

³ El Decreto hace uso del denominado lenguaje no sexista y se aparta del criterio asumido por la Ley 13/2003, en cuya Exposición de Motivos se advierte que “se ha optado por la utilización del término consumidor para referirse tanto a los consumidores propiamente dichos como a los usuarios, ya que, aunque quizás se pudiera ensayar una distinción teórica entre ambas nociones, el régimen jurídico de protección que se les otorga es idéntico y su reiterada utilización a lo largo del texto haría su lectura más difícil sin aportar matices diferenciadores importantes. Únicamente se mantiene la referencia a consumidores y usuarios en la denominación de determinados órganos y en lo referente a las organizaciones o asociaciones de consumidores y usuarios”.

-en el que se precisa el objeto y ámbito de aplicación y se efectúa una remisión a las definiciones que de producto seguro, producto inseguro, riesgo, productor y distribuidor contiene el art. 2 del RD 1801/2003- se aborda en el capítulo segundo lo concerniente a la Red de Alerta; el capítulo tercero disciplina las medidas preventivas y también las advertencias y requerimientos; contiene el Decreto además dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales.

En la exposición que sigue, para una mejor comprensión de las cuestiones que plantea el Decreto, analizaremos en primer lugar las medidas preventivas y las advertencias y requerimientos para, a continuación, ocuparnos de la Red de Alerta. Antes, sin embargo, precisaremos el ámbito de aplicación del Decreto y efectuaremos unas consideraciones previas de índole conceptual.

II.- El Decreto se aplica a todo producto que se suministre o se ponga a disposición de las personas consumidoras y usuarias, de forma gratuita o en el marco de una actividad comercial o de una prestación de servicios (art. 1.2). Se excluyen los productos que dispongan de una regulación específica con el mismo objeto y, expresamente, los alimentos, los medicamentos y los productos sanitarios, así como los productos usados que se suministren como antigüedades o para ser reparados o reacondicionados antes de su utilización, siempre que el proveedor informe de ello claramente a la persona a la que suministre el producto (art. 1.3 y 4).

Como antes se avanzó, el Decreto hace suyas las definiciones de producto seguro, producto inseguro, riesgo, productor y distribuidor que contiene el art. 2 del RD 1801/2003. Sin embargo, los primeros términos no se utilizan en la disposición, que adopta como referencia el de “riesgo inaceptable”, que es el que utiliza la Ley 13/2003, cuya aprobación precedió en unos días a la del RD 1801/2003.

La Exposición de Motivos de la Ley, tras destacar que “el punto central de la regulación” del “derecho a la protección de la salud y seguridad” es “la prohibición de que los bienes o servicios destinados a los consumidores representen un riesgo inaceptable para su salud y seguridad”, advierte que “sin duda alguna, la noción de riesgo inaceptable es un complejo concepto jurídico indeterminado, que conlleva un cierto margen de apreciación por parte de los poderes públicos” y aclara que “se ha optado por esa denominación que es la empleada por la Unión Europea”. Sin embargo, en la Directiva 2001/95/CE no se contiene la expresión “riesgo inaceptable” y sí los términos

“producto seguro”, “producto peligroso” y “riesgo grave”, cuyos significados recoge el RD 1801/2001, con alguna matización en lo que concierne al “riesgo grave”, que se define en el contexto más general del concepto de riesgo, y al uso de la expresión “producto peligroso”, que se cambia por la de “producto inseguro”.

“Producto seguro” es, a tenor del art. 2.a) del RD 1801/2003, “cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta, en particular, de los siguientes elementos: 1º) Las características del producto, entre ellas su composición y envase; 2º) El efecto sobre otros productos, cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos; 3º) La información que acompaña al producto. En particular, el etiquetado, los posibles avisos e instrucciones de uso y eliminación; las instrucciones de montaje y, si procede, instalación y mantenimiento, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto; 4º) La presentación y publicidad del producto; 5º) Las categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores”; se aclara que “la posibilidad de alcanzar niveles superiores de seguridad o de obtener otros productos que presenten menor grado de riesgo no será razón suficiente para considerar que un producto es inseguro”. “Producto inseguro” es, según el art. 2.b) del RD, “cualquiera que no responda a la definición de producto seguro”. Y sobre el riesgo señala el art. 2.c) que es la “posibilidad de que los consumidores y usuarios sufran un daño para su salud o seguridad, derivado de la utilización, consumo o presencia de un producto. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, entre otras posibles circunstancias, se valorará conjuntamente la probabilidad de que se produzca un daño y la severidad de éste. Se considerará riesgo grave aquel que en virtud de tales criterios exija una intervención rápida de las Administraciones públicas, aun en el caso de que los posibles daños para la salud y seguridad no se materialicen inmediatamente”⁴.

⁴ El art. 3 del RD 1801/2003 fija los parámetros de referencia para la evaluación de la seguridad de los productos, estableciendo determinadas presunciones sobre cuando un producto es seguro y cuando es inseguro. *Vid.* también el art. 60 de la Ley 13/2003, sobre la presunción de riesgo inaceptable para la salud o seguridad, que da entrada además a la cualidad de peligrosidad del producto.

En nuestra opinión, el término “riesgo inaceptable” resulta muy acertado y oportuno por su expresividad. En nuestra sociedad, en la que no existe el riesgo cero, resulta la diáfana la contraposición entre riesgos que son inaceptables y riesgos que son aceptables. Y aunque es cierto que no se define el riesgo inaceptable ni en la Ley 13/2003 ni en este Decreto, facilitan sin duda la integración del concepto las definiciones que de producto seguro, producto inseguro, riesgo y riesgo grave proporciona el RD 1801/2003. Cuestión distinta es, como habremos de ver, que el Decreto haya acertado plenamente en la descripción de los presupuestos de hecho de las intervenciones administrativas que regula, en particular por lo que concierne a la Red de Alerta.

III.-Las medidas administrativas preventivas proceden ante situaciones de riesgo inaceptable para la seguridad de las personas consumidoras y usuarias, con la finalidad de eliminar o reducir, en su caso, dicho riesgo (art. 10.1, primer párrafo)⁵. El enunciado del presupuesto de hecho coincide con el del art. 59.2 de la Ley 13/2003, aunque no con el del art. 10 del RD 1801/2003, que se refiere al incumplimiento de los deberes generales regulados en el RD, si bien a la postre vincula cada medida a la inseguridad del producto, cierta o sobre la que pesen indicios razonables.

A nuestro juicio, resulta más idónea la descripción del presupuesto de hecho de la normativa andaluza⁶, en la medida en que el RD recoge múltiples deberes (arts. 4 a 6) sin especificar cuáles son los generales, de modo que aquélla ofrece mayor seguridad jurídica mediante la utilización del concepto referido que, aunque indeterminado, es fácilmente determinable, teniendo en cuenta el principio de cautela⁷ y mediante la integración de las nociones

⁵ Aunque el Decreto no contiene referencias a ello, conviene precisar que las medidas no tienen carácter sancionador ni se vinculan a la apertura de un procedimiento de este tipo. Ello es un indudable acierto de la legislación de protección de los consumidores y usuarios. Merece la pena destacar los arts. 58.3 y 4 de la Ley 13/2003 y 8.4 del Real Decreto 1801/2003.

⁶ Que se acomoda también a lo previsto en la Directiva 2001/95/CE, cuyo art. 8 hace pivotar la adopción de medidas de este tipo de la peligrosidad eventual o cierta de los productos, lo que se reconduce a la noción de “riesgo inaceptable.”

⁷ Que no se menciona en el Decreto; sí lo recoge el art. 8.2, segundo párrafo, del Real Decreto. Vid. M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, “El principio de precaución y la defensa de los consumidores”, *Documentación Administrativa* núms. 265 y 266, 2003, pp. 211 ss, en las que destacan que la ausencia de consagración expresa del principio en la legislación de protección de consumidores y usuarios no impide su aplicación.

de producto seguro, producto inseguro y riesgo grave, a las que no en balde se remite el art. 2 del Decreto, como ya hubo ocasión de precisar. Lo anterior se corrobora si se repara en que una de las situaciones que contempla el Real Decreto, la de “producto sobre el que existan indicios razonables de que pueda ser inseguro” [art. 10.a)], no tiene por qué implicar el incumplimiento de un deber general si a la postre los indicios no se confirman; esa misma situación, sin embargo, se integraría sin dificultad en la noción de “riesgo inaceptable” del Decreto andaluz, máxime en la medida en que el art. 58.1 de la Ley 13/2003 precisa que la adopción de medidas procede “cuando existan claros indicios de riesgo”.

Las medidas, cuya adopción resulta obligada si concurre el presupuesto de hecho, según se desprende claramente del empleo del verbo “deber” en el primer párrafo del art. 10.1, pueden consistir en: a) Establecer condiciones previas a la comercialización que favorezcan la seguridad del producto; b) Suspender o prohibir la oferta, promoción o venta; c) Inmovilizar cautelarmente o retirar los productos ofertados a las personas consumidoras y usuarias y, si fuese necesario, acordar su destrucción en condiciones adecuadas; d) Clausurar establecimientos; e) Establecer las medidas que garanticen la plena eficacia de las anteriores (art. 10.1, segundo párrafo). Se trata de un elenco que, al igual que el del art. 10 del RD 1801/2003, tiene carácter ejemplificativo, sin perjuicio de que por su complejidad resulte difícil imaginar otras medidas posibles; ha de notarse que el Decreto andaluz incluye la clausura de establecimientos y que el Real Decreto describe con mayor detalle las medidas.

Rigen, evidentemente, los principios generales de la actividad limitativa de policía, aunque el Decreto se cuida de especificar, haciendo suyo el contenido del art. 8.2 del Real Decreto, que “las medidas adoptadas, así como los medios para su ejecución o efectividad, deberán ser congruentes con los motivos que las originan, proporcionadas con los riesgos que afronten y, de entre las que reúnan esos requisitos, se adoptarán las que resulten menos restrictivas de la libertad de circulación de mercancías y prestación de servicios, de la libertad de empresa y demás derechos afectados” (art. 10.2).

Los órganos competentes en la materia son: 1) En el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de consumo. Corresponde a la persona titular de la Dirección General competente en materia de consumo la coordinación de las actuaciones de las Delegaciones Provinciales, pudiendo ordenar lo necesario para la extensión

de las medidas, determinar los trámites a llevar a cabo por éstas y, en su caso, avocar la competencia, a efectos de garantizar que las decisiones adoptadas tengan eficacia en todo el territorio de la Comunidad (art. 11.1); 2) En el ámbito municipal, los órganos municipales competentes según lo previsto en el art. 67.2 de la Ley 13/2003⁸ (art. 11.2); 3) Tienen competencia para la adopción de estas medidas administrativas las personas que tengan encomendadas las tareas de inspección en materia de consumo, de conformidad con el art. 46.c)⁹ y 68.2¹⁰ de la Ley 13/2003 (art. 11).

El procedimiento para la adopción de las medidas se regula en los arts. 13 a 15, que de suyo no regulan un procedimiento completo sino que prescriben que se siga “el correspondiente procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992” (art. 14.1), de modo que sólo incorporan determinadas precisiones, algunas ciertamente interesantes desde la perspectiva de la economía del procedimiento y de la racionalidad de la actuación administrativa, pero en absoluto originales, puesto que el Decreto se limita a efectuar, con las excepciones que luego detallaremos, una refundición e incluso síntesis de lo prescrito en la Ley 13/2003 y en el RD 1801/2003. Antes de ocuparnos de ello, conviene destacar que cabe la adopción de las medidas provisionales que sean imprescindibles para garantizar la efectiva protección de la seguridad de las personas consumidoras y usuarias, con carácter previo a la iniciación del procedimiento, en el acuerdo de inicio o durante su instrucción (art. 13.2, que expresamente invoca el art. 68 de la Ley 13/2003¹¹).

⁸ A tenor del mismo, “los órganos municipales, sin menoscabo de lo establecido en el apartado anterior [que prevé la competencia de los órganos de defensa del consumidor de la Administración autonómica], podrán adoptar estas medidas cuando la situación a la que respondan sea estrictamente de ámbito local y se pueda afrontar en su totalidad dentro del término municipal. En caso contrario, sólo podrán adoptar provisionalmente las medidas circunscritas a su ámbito territorial que sean urgentes, poniéndolo en conocimiento inmediato de los órganos autonómicos para que tomen las decisiones procedentes. También colaborarán en la aplicación de las que se tomen en un ámbito superior”.

⁹ Que habilita a los inspectores de consumo para adoptar provisionalmente, en caso de urgencia, medidas adecuadas a las irregularidades que hayan detectado.

¹⁰ Que específicamente contempla la adopción de las medidas, con carácter provisional y antes de la iniciación del procedimiento, incluso por los servicios de inspección.

¹¹ El art. 68 regula con cierto detalle las medidas provisionales, de modo que en este art. 13.2 del Decreto es especialmente visible la labor de mero resumen. El precepto es también más escueto que el art. 11.2, 3 y 4 del Real Decreto, de modo que omite importantes garantías que, naturalmente, habrán de ser observadas en cualquier caso.

El procedimiento se inicia de oficio, por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia (art. 13.1). Si el acto administrativo afecta a sujetos determinados, se les dará audiencia y las demás posibilidades de intervención que corresponden a personas interesadas según la Ley 30/1992 (art. 14.2, que transcribe el art. 64.2 de la Ley 13/2003). No será necesaria la realización de los trámites de audiencia y prueba cuando hayan sido cumplimentados ante el mismo supuesto de hecho y ante idéntica medida en el procedimiento administrativo que haya seguido otra Administración autonómica, la Administración del Estado u otra de ámbito superior (art. 14.3, que trae causa del art. 11.1 del Real Decreto¹²). En este caso, en el expediente se incluirá una identificación del procedimiento y órgano donde se realizaron dichos trámites, así como toda la documentación que se haya recibido al respecto (art. 14.3, que trae causa también del art. 11.1 del Real Decreto). Tampoco se realizará el trámite de audiencia en aquellos casos en que fuera imposible la localización o identificación de las personas productoras o distribuidoras del producto o prestadoras del servicio de que se trate, causantes del riesgo (art. 14.3, que recoge lo obvio y que se inspira en el art. 64.1 de la Ley 13/2003, aunque de suyo no lo sigue, porque lo que establece el precepto legal, menos obvio y más acertado en nuestra opinión, es que no se ha de seguir procedimiento administrativo “en aquellos casos en que fuera imposible la localización o identificación de los responsables de la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios y a cualquier otro responsable del mantenimiento o existencia del riesgo”).

El procedimiento se tramitará y resolverá con la celeridad que la adopción de este tipo de medidas requieren, y finalizará mediante resolución del órgano en cada caso competente, sin perjuicio del plazo máximo para resolver y notificar la resolución expresa establecido en el artículo 64.2 de la Ley 13/2003 (art. 15.1¹³). La resolución, en el ámbito de la Administración de la

¹² Si bien completa su contenido mediante la referencia a “la Administración del Estado u otra de ámbito superior”. Con ello se amplía la previsión del art. 11.1 a los casos recogidos en el art. 14.1 del mismo Real Decreto, de modo que, de suyo, lo que debe tener lugar en estos casos es la ejecución autonómica de la medida ya adoptada por el Estado, en su caso previa decisión de la Comisión. No estaríamos, por tanto, ante un procedimiento para adoptar una medida, sino ante el procedimiento de ejecución de la medida ya adoptada por otra instancia.

¹³ La llamada a la celeridad responde a los arts. 8.1 del Real Decreto y 58.1 de la Ley. El plazo del art. 64.2 es de seis meses.

Junta de Andalucía, no agota la vía administrativa, por lo que cabe recurso de alzada; respecto de los municipios, con respeto a su autonomía, se indica que cabrá el recurso que corresponda (art. 15.2).

El Decreto precisa que en cualquier momento en que los afectados decidan voluntariamente cumplir su deber de adoptar las medidas adecuadas para evitar los riesgos en la forma que el órgano administrativo competente considere que queda garantizada la seguridad de las personas consumidoras y usuarias, se podrá dar por finalizado el procedimiento y dictar resolución en la que así se haga constar (art. 14.2, que reproduce el art. 11.5 del Real Decreto, con omisión de la referencia que hace éste a la salud de las personas¹⁴).

IV.- En sede de medidas administrativas preventivas, el Decreto regula las advertencias y requerimientos, en desarrollo del art. 66.1 de la Ley 13/2003 y mediante la transcripción del art. 9.2 y 3 del Real Decreto¹⁵.

Proceden cuando se observe un incumplimiento de leyes o reglamentos que afecten a los intereses de las personas consumidoras y usuarias pero que no genere riesgos inaceptables. En este supuesto, la Administración puede advertir al transgresor de la situación ilegal y de su obligación de cesar en su conducta, y requerirle para que subsane los defectos detectados (art. 12.1).

El requerimiento debe incluir el resultado a que debe llegarse, el plazo para alcanzarlo y el seguimiento que se realizará o la forma en que los produc-

¹⁴ Puesto que las medidas de que tratamos son las previstas en el art. 59.2 de la Ley 13/2003, que se refiere a situaciones de riesgo inaceptables para la seguridad. A las que lo son para la salud se refiere el art. 59.1 de la Ley, que sólo prevé que los órganos de defensa de los consumidores puedan adoptar medidas cautelares, con ulterior comunicación a las autoridades sanitarias, que son las competentes. Ha de advertirse, no obstante, de la artificiosa distinción en estos ámbitos entre salud y seguridad (como han subrayado M. REBOLLO RUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, ob. cit. pp. 192 ss.); a esta realidad responde la disposición adicional segunda del Decreto, que presupone actuaciones de los órganos de consumo respecto de productos que presenten un riesgo inaceptable para la salud de las personas consumidoras y usuarias.

¹⁵ El art. 12.1 del Decreto viene a coincidir con el art. 66.1 de la Ley. Los apartados 2 y 3 del citado art. 12 son transcripción prácticamente literal de los apartados 2 y 3 del art. 9 del Real Decreto. Como nota curiosa, cabe destacar que el Real Decreto se refiere a productores y distribuidores, pues no tensiona el lenguaje con la perspectiva de género; el Decreto es fiel en su transcripción, de modo que menciona también a los productores y distribuidores, lo que podría suscitar la cuestión de si el precepto no es de aplicación a las productoras y distribuidoras.

tores o distribuidores deberán justificar ante los órganos administrativos competentes las actuaciones que, en su caso, emprendan, dejando a éstos la posibilidad de elegir la forma y los medios para lograr el resultado en tanto que ello no esté predeterminado legal o reglamentariamente, y sin perjuicio de que dichos órganos puedan recomendar la forma en que entiendan que puede ser subsanado el incumplimiento (art. 12.2). Si el productor o el distribuidor no actúa en el plazo establecido, o si su actuación no es satisfactoria, o si resulta insuficiente, se podrán acordar medidas administrativas preventivas (art. 12.3).

En nuestra opinión, aunque tanto la Ley como el Decreto utilizan el verbo “poder”, ha de interpretarse que la Administración, concedora de la situación de incumplimiento, debe dirigir la advertencia y el requerimiento en todo caso, con la finalidad de que cese la misma y, por tanto, la afcción a los intereses de las personas consumidoras y usuarias. De este modo, serán mayores las probabilidades, lógicamente, de que no se lleguen a producir riesgos inaceptables. Ha de considerarse que si en última instancia la mejor protección es una eficaz prevención, la Administración debe actuar con diligencia y, por esta vía, atajar desde el primer momento los incumplimientos, antes de que se provoque cualquier situación de riesgo inaceptable y aún por la mera probabilidad de que se pueda generar¹⁶.

V.- La Red de Alerta de Andalucía se configura como un instrumento de colaboración, cooperación y coordinación entre los distintos órganos de la Administración de la Junta de Andalucía con competencias en materia de consumo; y entre éstos y las Entidades Locales (art. 3.1). Su objeto es facilitar la comunicación e intercambio rápido de información entre los órganos de las Administraciones indicadas y entre éstas y el organismo de la Administración General del Estado competente en materia de consumo, sobre actuaciones que se adopten en relación con los productos de consumo que puedan suponer un riesgo para la salud y la seguridad de las personas consumidoras y usuarias (arts. 1.1 y 4).

Se basa en un sistema de intercambio rápido de información, que el Decreto caracteriza como en forma de red¹⁷, cuyos nudos o puntos de

¹⁶ Por ello no nos parece del todo correcto el art. 40.2 de la Ley 13/2003, que vincula la intervención administrativa en los casos de incumplimiento de la normativa a la susceptibilidad de lesionar o poner en peligro de cualquier forma los derechos de los consumidores.

¹⁷ Aunque, de suyo, no es exactamente la imagen de red la que conviene a la estructura y funcionamiento del sistema, como a continuación se verá.

contacto son las unidades administrativas de las Administraciones Públicas de Andalucía que participan, desde las que se transmiten y reciben las comunicaciones respecto de las actuaciones que se adopten en relación con los productos de consumo referidos (art. 3.2).

La coordinación y organización de la Red corresponde a la Dirección General competente en materia de consumo¹⁸, que se designa como punto de contacto autonómico del Sistema de Intercambio Rápido de Información (SIRI)¹⁹. Es la encargada de evaluar la información generada por el punto de contacto de ámbito provincial y de decidir si la información recibida se comunica a la Administración General del Estado a través del Sistema. También le corresponde transmitir a todos los puntos de contacto de la Red la información recibida de esta Administración a través del SIRI (art. 5.1).

El punto de contacto de ámbito provincial es el Servicio competente en materia de inspección de consumo de cada una de las Delegaciones provinciales de la Consejería competente en materia de consumo. Le corresponde la

¹⁸ Anuncia la disposición adicional primera que la Dirección General competente en materia de consumo aprobará directrices o guías de funcionamiento de la Red de Alerta de Andalucía, donde se determinen, entre otros aspectos, los medios técnicos –especialmente con carácter telemático– que deban emplearse para la transmisión de las comunicaciones, el formulario tipo, la información que éste debe contener, los procedimientos de aplicación, los plazos de notificación y comunicación de actuaciones y los criterios para clasificar y ordenar las comunicaciones según su objeto y urgencia. No nos resistimos a manifestar nuestra inquietud en cuanto a la necesidad de clasificar y ordenar las comunicaciones según su urgencia, pues acaso se quiera indicar con ello que en nuestra Comunidad Autónoma proliferan las situaciones de riesgo inaceptable de modo tal que hay que atenderlas según la urgencia de cada una, desde la premisa, por demás, que todas ellas deben ser urgentes (como se desprende de los presupuestos para la utilización de la Red y del contenido de las comunicaciones, aspectos que más adelante trataremos); nos tranquiliza, no obstante, la constatación de que la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1801/2003 tiene un contenido análogo, de modo que acaso esta disposición adicional primera sea más fruto del mimetismo que de la existencia cotidiana en Andalucía de situaciones de riesgos inaceptables.

¹⁹ El SIRI lo crea el art. 19 del RD 1801/2003, con la finalidad de facilitar la comunicación y el intercambio de información de las actuaciones que se adopten en caso de riesgo grave. El citado artículo impone a los órganos autonómicos la obligación de realizar las comunicaciones que contempla, que se trasladan a los demás órganos competentes y, en su caso, a la Comisión a través del sistema RAPEX. A través del SIRI se da traslado también de las comunicaciones procedentes de la Comisión. Cada Comunidad Autónoma debe comunicar al Instituto Nacional de Consumo el punto de contacto único para todos los productos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto que se designe a tal efecto, así como los mecanismos que establezca para garantizar su disponibilidad permanente.

coordinación, evaluación y traslado de las notificaciones derivadas de su propio funcionamiento y del de los puntos de contacto de las Entidades Locales integradas en la Red de Alerta de su provincia al punto de contacto autonómico (art. 5.2).

Por lo que respecta al nivel local, pueden integrarse en la Red a través de puntos de contacto todas las Entidades Locales que de conformidad con lo previsto en el art. 97.1.f) y g) de la Ley 13/2003 comuniquen a la Consejería competente en materia de consumo la asunción de las competencias relativas a la Inspección de Consumo y a la adopción de medidas administrativas preventivas para garantizar los derechos e intereses de las personas consumidoras y usuarias²⁰. Para la integración, han de comunicar a la citada Dirección General su punto de contacto que, como sabemos, será coordinado por la Delegación Provincial de la Consejería con competencias en materia de consumo (art. 5.3).

Corresponde a cada Administración Pública el establecimiento de los mecanismos necesarios para garantizar una disponibilidad permanente de los puntos de contacto y de las autoridades competentes para la adopción y confirmación, modificación o levantamiento de las medidas administrativas preventivas que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad de las personas consumidoras y usuarias (art. 5.4).

A través de la Red se comunican las actuaciones previstas en el art. 19 del RD 1801/2003 ante situaciones de riesgo inaceptables para la salud y la seguridad de las personas consumidoras y usuarias y en relación con los productos de consumo, que son las siguientes: a) Toda medida administrativa preventiva que se haya adoptado; b) Los requerimientos que se hayan dirigido a productores o distribuidores²¹, siempre que incluyan una recomendación de la forma en que el órgano administrativo competente entiende que debe ser subsanado el incumplimiento que ha generado el riesgo grave; c) Las actuaciones voluntarias que hayan emprendido los productores y distribuidores en virtud de los deberes impuestos por el Decreto (art. 6).

²⁰ El art. 97.5 de la Ley 13/2003 señala que las Corporaciones Locales, respecto de las competencias que puedan asumir conforme a lo dispuesto en la Ley, comunicarán a la Consejería competente en materia de protección de los consumidores su aceptación por acuerdo plenario.

²¹ Nótese de nuevo la disfuncionalidad que plantea el uso del lenguaje no sexista cuando se transcriben literalmente disposiciones provenientes de otras normativas, ahora el art. 19.2 del Real Decreto.

Para realizar la comunicación es preciso disponer de datos suficientes que permitan apreciar unos indicios razonables de la existencia de riesgo grave. La comunicación ha de ser lo más completa posible y contener, como mínimo, los siguientes datos: a) El motivo de la comunicación; b) La información que permita identificar el producto que ha generado la situación de riesgo, c) Una descripción del riesgo y los resultados de toda prueba, análisis o ensayo que se hayan realizado, así como sus conclusiones, de modo que permitan su evaluación; d) La identificación de las personas productoras o distribuidoras del producto o prestadoras del servicio de que se trate; e) Toda información relevante que, en su caso, se haya podido obtener de las personas referidas; f) La información que se posea sobre las cadenas de comercialización y distribución del producto o servicio, g) Según lo que proceda, el carácter y la duración de las medidas administrativas preventivas adoptadas, de las actuaciones voluntarias emprendidas por las personas productoras, distribuidoras o prestadoras de servicios, o bien el contenido de la advertencia o requerimiento previo formulado a aquéllas (art. 7.1).

Finalmente, la información de riesgos a los consumidores se produce en los términos que contempla el art. 8, que desarrolla el art. 70 de la Ley 13/2003 y que dispone que, sin perjuicio de la utilización de cualesquiera otros medios que se consideren necesarios, la Dirección General, tras la verificación que regula el art. 7.2, publicará la información básica sobre todo producto objeto de comunicación en la Red de Alerta en la correspondiente página web ubicada en la sede electrónica de la Administración de la Junta de Andalucía (como sabemos, www.juntadeandalucia.es).

Varios comentarios merece esta regulación de la Red de Alerta.

En primer lugar, hay que destacar que su creación no la impone el Real Decreto ni la Ley. El primero crea y regula el SIRI, pero no impone la existencia de un sistema análogo en cada Comunidad Autónoma. La segunda prevé lógicamente la comunicación entre órganos y Administraciones Públicas (art. 63), pero no predetermina que haya de ser a través de un sistema como el que regula, a semejanza del SIRI, el Decreto. Desde esta perspectiva, ha de valorarse positivamente la iniciativa andaluza.

Ello no obsta a que se deban puntualizar algunas imperfecciones de la regulación.

Una de ellas, en nuestra opinión, es la utilización de la palabra “red” para designar el sistema de alerta, pues de suyo éste adopta propiamente una estructura vertical, no reticular, al igual que el SIRI. Ello se confirma en el art.

7.2 del Decreto, que prescribe que las Delegaciones Provinciales, antes de remitir a la Dirección General toda comunicación que le haya sido dirigida por una Entidad Local para su inclusión en la Red de Alerta, verificarán que dicha comunicación cumple con lo dispuesto en los arts. 6 y 7.1, recabándose, en su caso, las aclaraciones, subsanaciones o informaciones adicionales necesarias. Las mismas facultades corresponden a la Dirección General respecto de las comunicaciones recibidas de las Delegaciones Provinciales. De ahí que no resulte correcto el art. 4 al precisar que el objeto de la red es facilitar la comunicación e intercambio de información *entre* los distintos órganos que menciona el art. 3, pues de suyo la comunicación es vertical y bidireccional, nunca multilateral. Ello no obstante, cada Administración Pública comunicante es responsable de toda la información proporcionada (art. 7.3).

Mayores reparos ofrece otro aspecto de la normativa, que es la concierne a la determinación de qué ha de comunicarse y cuándo hay que comunicar. El Decreto presenta aquí dificultades de interpretación al poner en conexión lo previsto para la Red de Alerta con la regulación de las medidas administrativas preventivas y de las advertencias y requerimientos, aparentemente clara y que por ello se ha expuesto en primer término.

El Decreto, en efecto, al ocuparse de la creación y configuración de la Red, así como de su objeto, precisa que a través de ella se comunican actuaciones adoptadas en relación con productos que puedan suponer *un riesgo para la salud y la seguridad* (arts. 3.2 y 4). Sin embargo, al tratar de las actuaciones que son objeto de la comunicación condiciona ésta a la existencia de *situaciones de riesgo inaceptables* (art. 6). Y a continuación, cuando detalla el contenido de la comunicación, cambia el presupuesto de hecho mediante la referencia a la disposición de los datos suficientes que permitan apreciar unos indicios suficientes de la existencia del *riesgo grave* (art. 7.1).

Por otra parte, lo que se comunican son las medidas administrativas preventivas adoptadas, los requerimientos y las actuaciones voluntarias (art. 6): las primeras proceden ante situaciones de riesgo inaceptable; las segundas ante incumplimientos que no generan riesgo inaceptable; mientras que las terceras no están ni siquiera bien delimitadas en el Decreto, pues tanto pueden referirse a actuaciones en ejecución de los convenios de colaboración que prevé el art. 9 en el mismo capítulo que regula la Red de Alerta²², como

²² A tenor del citado art. 9, “la Administración de la Junta de Andalucía podrá celebrar convenios de colaboración con otras Administraciones Públicas, con organizaciones empresariales y otras entidades, en aras de garantizar la seguridad de los productos puestos a disposición de las personas consumidoras y usuarias”.

a las medidas adoptadas en el curso del procedimiento de adopción de medidas administrativas preventivas.

Se plantea así qué sentido tiene condicionar la comunicación de medidas administrativas preventivas a la disposición de indicios razonables de la existencia del riesgo grave (art. 7), si precisamente éstas se adoptan ante situaciones de riesgo inaceptable (art. 10)²³. O cómo se conjuga la supeditación de la comunicación de requerimientos cursados ante incumplimientos que no generan situaciones de riesgo inaceptable (art. 12), a la existencia de situaciones de riesgo inaceptables (art. 6)²⁴ o de indicios razonables de la existencia de riesgo grave (art. 7). Y también se puede cuestionar si existe una equivalencia entre la situación de riesgo inaceptable o riesgo grave y la eventualidad de que un producto suponga un riesgo, que es la hipótesis que describen los arts. 3.2 y 4²⁵.

²³ Una posible explicación, que creemos que ha descartarse, es la de que para la activación de la Red de Alerta no rija el principio de cautela y sí, en cambio, para la adopción de las medidas. En nuestra opinión, el principio de cautela rige también para la activación de la Red.

²⁴ Por cierto que no serían supuestos idénticos los de “situaciones de riesgo inaceptable” (art. 10 por ejemplo) y “situaciones de riesgos inaceptables” (art. 6). Se podrían plantear distintas hipótesis interpretativas: 1) situaciones de riesgos inaceptables son situaciones de riesgo, sea cual sea el calificativo de éste, desde la premisa de que cualquier situación de riesgo es en sí misma inaceptable (“inaceptables” sería un epíteto); 2) son situaciones en las que los riesgos son inaceptables, por contraposición a situaciones, también de riesgo, pero en las que el riesgo es aceptable (“inaceptables sería un calificativo”); 3) se trata de una errata, de modo que se quiso decir “situaciones de riesgo inaceptable”, lo que vendría avalado por la circunstancia de que el plural “inaceptables” se utiliza sólo en este art. 6.

²⁵ Estos problemas no se plantean con el RD, puesto que los presupuestos de hecho de las medidas administrativas de reacción (preventivas en la terminología del Decreto) y de las advertencias y requerimientos son diferentes entre sí (incumplimiento de los deberes generales, cifrados en la inseguridad del producto e incumplimiento del resto de deberes, respectivamente) y compatibles todos ellos, nominalmente al menos, con el presupuesto que determina la utilización de la red de alerta estatal o SIRI, que es el de riesgo grave.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma

I. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ORDEN de 8 de abril de 2009, por la que se acuerda modificar la Orden de 15 de febrero de 2006 sobre selección y nombramiento de personal interino de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

BOLETÍN número 78 de 24/04/2009

II. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

DECRETO 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua.

BOLETÍN número 6 de 12/01/2009

III. FUNCIÓN PÚBLICA

ORDEN de 12 de diciembre de 2008, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

BOLETÍN número 1 de 02/01/2009

ORDEN de 12 de diciembre de 2008, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Medio Ambiente.

BOLETÍN número 1 de 02/01/2009

ORDEN de 12 de diciembre de 2008, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Agencia Andaluza del Agua.

BOLETÍN número 1 de 02/01/2009

ORDEN 15 de diciembre de 2008, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Cultura.

BOLETÍN número 1 de 02/01/2009

ORDEN de 10 de marzo de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a varias Consejerías.

BOLETÍN número 62 de 31/03/2009

ORDEN de 16 de marzo de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

BOLETÍN número 62 de 31/03/2009

ORDEN de 1 de abril de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía.

BOLETÍN número 74 de 20/04/2009

IV. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

DECRETO 521/2008, de 9 de diciembre, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Almería.

BOLETÍN número 6 de 12/01/2009

DECRETO 522/2008, de 9 de diciembre, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Huelva.

BOLETÍN número 6 de 12/01/2009

DECRETO 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía.

BOLETÍN número 53 de 18/03/2009

V. SERVICIOS SOCIALES

ORDEN de 18 de diciembre de 2008, por la que se aprueba el Plan General de Inspección de Servicios Sociales para el cuatrienio 2009-2012.

BOLETÍN número 6 de 12/01/2009

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea (con especial referencia a la Ley orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007)*, “RARAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 11-41.

En este trabajo el autor, destacado Maestro y especialista en la materia, examina el Tratado de Lisboa en trance de ratificación que pretende dar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea valor constitucional y los problemas que plantea la Ley orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado. El autor describe con fidelidad la gestión y estructura de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (preceptos con fuerza vinculante directa e inmediata, preceptos de eficacia diferida al desarrollo de los Estados Miembros, y compromisos programáticos). Cuando el Tratado de Lisboa entre en vigor (cuando los veintisiete Estados miembros hayan evacuado el trámite previsto por su sistema constitucional), el Tratado y la Carta entrarán en vigor. El autor demuestra de la mano del artículo 51 apartado 1 de la Carta que ésta vincula a los Estados miembros cuando apliquen Derecho comunitario. Ello, en su opinión, va impactar especialmente en el ámbito del Derecho ambiental o en el Derecho de la contratación administrativa con la incidencia inmediata de los preceptos de la Carta que sean de aplicación en tales supuestos. Cree el Maestro que a pesar de que los contenidos de la Carta están plenamente interiorizados en nuestro ordenamiento en ella hay novedades como la referidas a integridad física en el art. 2.2 de la Carta –prohibición de eugenesia y clonación, prohibición de comercio con partes del cuerpo humano– y las referidas a la protección de datos de carácter personal (en el art. 8), al derecho de propiedad (art. 17.1), y al derecho a la buena administración (art. 41.3 de la Carta). Es imposible dar cuenta del plano de sugerencias, dudas y preguntas que el autor propone a lo largo de este rico estudio.

TUDELA RANDA, José, *El camino perdido. La identidad en el proceso de reformas estatutarias*, “RARAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 107-139.

Aborda este trabajo los rasgos identitarios de los recientes estatutos de autonomía aprobados –incluyendo aspectos competenciales identitarios como el agua–. Cree

*Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

TUDELA ARANDA desde su estatismo, la identidad colectiva reivindicada en los Estatutos parece olvidar al ciudadano. La premisa de la bondad innata de la descentralización y del necesario respeto a las voces territoriales, en su opinión, han obviado que los sujetos últimos de todo proceso político no son los territorios, cualesquiera que sean sus atributos, sino los ciudadanos. Considera el autor que la identidad se ha introducido como valor necesario y fuerte en los nuevos Estatutos. La dimensión que a la misma se da es diferente en cada uno de los textos. Pero en todo caso “se afirma una identidad singular sin que quede claro como se relaciona la misma con la identidad común o mejor dicho, con los valores que soportan la ciudadanía común”.

CONTRERAS CASADO, Manuel A *propósito de la colaboración entre las Comunidades Autónomas*, “RArAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 143-150.

Considera el autor que hay ventajas en la colaboración entre Comunidades Autónomas porque puede potenciar y enriquecer el ejercicio de competencias propias y puede servir también para incrementar su participación en los procesos de adopción de decisiones estatales e incluso para prevenir conflictos ente CCAA y mejorar la capacidad de autogobierno.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín, *Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008*, “RArAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 377-399.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Marco competencial de la Generalidad en materia de empleo público desde la perspectiva local*, “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 145-162. *Vid.* (2).

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Marco competencial de la Generalidad en materia de empleo público desde la perspectiva local*, “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 145-162.

Este estudio analiza el alcance de la competencia autonómica en materia de función pública recogida en el artículo 136 del Estatuto 2006, a la luz de las previsiones recogidas en el Estatuto Básico del empleado Público y teniendo como medida las competencias locales en esta materia. JIMÉNEZ ASENSIO concluye que el legislador catalán dispondría de un margen de configuración superior (o si se prefiere de una excepción en la aplicación de la normativa básica) en algunas cuestiones relativas a la ordenación y organización del función pública –entendida en sentido lato– de todas sus Administraciones Públicas.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Jerarquía como competencia en la organización administrativa*, “RArAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 189-215.

Estudia el autor, especialista destacado en función pública, el principio de jerarquía y sus manifestaciones; la jerarquía y la autoridad; el directivo público; y, los comportamientos políticos elusivos del poder legal. El estudio está pleno de referencias jurisprudenciales y doctrinales. Su lectura pone al lector al corriente de los datos fundamentales en la materia en un trabajo bien ejecutado.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea (con especial referencia a la Ley orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007)*, "RARAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 11-41. *Vid.*(1).

BASSOLS COMA, Martín, *El control de la elaboración de los Reglamentos: Nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas*, RARAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 43-60.

El Maestro pasa revista a las recientes manifestaciones de orden jurisprudencial y normativo que apuntan a nuevo enfoque del problema, no sólo desde el punto de vista del rigor en la exigibilidad de los trámites y mecanismos jurisprudenciales, sino en cuanto al contenido y métodos instrumentales para la efectividad de los mismos. BASSOLS COMA se centra en la motivación y razonabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria (la importante STS de 23 de mayo de 2006, RJ 2006/3683 en relación con prohibición de pesca del pulpo); la memoria económica (SSTS de 27 de noviembre de 2006), la falta de memoria económica *ex art.* 24 Ley del Gobierno es la ratio *decidendi* de la nulidad en el traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona); el principio de precaución y evaluación de los riesgos (STS de 19 de abril de 2006, RJ 2006/2154 y campos electromagnéticos); la problemática evaluación del impacto de las normas reglamentarias (RD 1418/2008, de 1 de diciembre que aprueba el Estatuto de Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas) y los programas de simplificación reducción de cargas administrativas (Acuerdo de reducción de cargas administrativas para 70 procedimientos de 14 de agosto de 2008). En fin el lector tiene en sus manos un valioso y fino estudio, una pieza más del Maestro que pone el día en lo más relevante en torno al ejercicio y control de la potestad reglamentaria.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud*, "RVAP" núm. 80, enero-abril 2008, pp. 15-55.

El estudio versa sobre el derecho a la salud. En él se analizan estos elementos: el derecho como principio rector de política social y económica, implicaciones de su configuración como un derecho de carácter prestacional, contenido y alcance del derecho, garantías para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud en términos de equidad, calidad y participación en un sistema descentralizado. La autora concluye que la aprobación de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente y de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, están poniendo claramente de manifiesto que una vez cumplido este objetivo básico de reconocimiento de derechos, es preciso avanzar hacia una fase distinta en la que se afiance el contenido de los mismos, la autonomía del paciente y, sobre todo, se garantice su ejercicio en términos de calidad y participación.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a, *La contratación de las administraciones públicas y de los demás entes del sector público. Novedades. Procedimiento de adjudicación*. “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 163-198.

Tuve el privilegio de escuchar una conferencia de Martín María RAZQUÍN LIZARRAGA, y la impresión final es la misma que produce la lectura del presente estudio: Estamos ante un auténtico experto en materia de contratos y un universitario vocacional. El autor da cuenta de las novedades introducidas por la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre (ámbito subjetivo, tipología de los contratos, procedimientos de adjudicación resaltando las implicaciones derivadas de la aplicación de la directiva 2004/18/CE –explicando los trámites generales del procedimiento así como los diferentes procedimientos a que pueden acudir los entes del sector público para la adjudicación de los contratos–). Recomendamos vivamente el presente trabajo que pone al día, sintetiza y analiza las novedades esenciales de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales; La Sala 3ª del TS retoma el rumbo*, “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 211-232.

TAJADURA TEJADA, Javier, *Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007*, “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 233-255.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

PÉREZ MORENO, Alfonso, *La responsabilidad de los Ayuntamientos y de los arquitectos municipales en el control de la aplicación del código técnico de la edificación*, “RArAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 349-377.

Mi Maestro escribe en esta ocasión esta pieza-joya que constituye una buena muestra del poso del ejercicio profesional durante más de 40 años al primer nivel en

el campo del Derecho Público. Evidentes causas de abstención –amor de discípulo manifiesto en primer grado– me impiden expresar todo lo que quisiera. PÉREZ MORENO concluye que el Código Técnico de la Edificación y la Ley de Ordenación de la Edificación que lo habilita no han atribuido a los Ayuntamientos nuevas competencias para el control de las normas técnicas que establecen. Cree el Maestro que en relación con la aplicación del Código Técnico de la Edificación, los Ayuntamientos pueden, en el ejercicio de sus competencias directas y en su función de colaboración administrativa, realizar un control formal documental tanto en relación con el proyecto para la licencia de obras como en relación con la documentación de la obra ejecutada en la concesión de la licencia de primera ocupación; advirtiendo a la Comunidad Autónoma o al órgano competente de la Administración del Estado de cualquier incidencia. Por último, concluye que los Colegios Profesionales están llamados a desempeñar importantes funciones de estudio, control documental de los proyectos, participación en los procedimientos de elaboración de normas y concienciación ciudadana sobre la ordenación urbanística y sobre las normas técnicas de la edificación.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

ZAMBONINO PULITO, María, *El servicio de educación superior en las universidades públicas*, RArAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 61-105.

Examina ZAMBONINO PULITO el concepto y naturaleza del servicio público de educación superior; el servicio universitario como sistema nacional en el que participan Estado y las Comunidades Autónomas; la consideración de las universidades como entes instrumentales atípicos –la autonomía universitaria; el régimen jurídico del servicio; la prestación del servicio (calidad y objeto de la prestación a la sociedad); y por último, el compromiso de la Universidad con los valores sociales–. La autora cree necesario que el ordenamiento profundice en la tarea de la consecución de la calidad y la excelencia sin merma de otros valores que han de permanecer reconocibles como misiones de la Universidad que no se limitan a la docencia, la investigación y el estudio, pues la Universidad, además de expedir títulos, viene llamada a procurar la formación integral del estudiante y asumir su papel como referente en la transmisión de valores sociales y su compromiso social. El estudio desliza importantes reflexiones como la carga burocrática que supone la calidad. En fin, el lector tiene en sus manos un trabajo que aborda en sus trazos esenciales el régimen jurídico de las universidades desde la perspectiva del servicio público.

CASADO CASADO, Lucía, *La configuración de la televisión de titularidad del Estado como servicio público en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal*, “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 55-109. Vid. (6).

(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).

PÉREZ MORENO, Alfonso, *La responsabilidad de los Ayuntamientos y de los arquitectos municipales en el control de la aplicación del código técnico de la edificación*, "RArAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 349-377. *Vid. (4)*.

ZAMBONINO PULITO, María, *El servicio de educación superior en la universidades públicas*, "RArAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 61-105. *Vid (5)*.

MONGE GIL, Ángel Luis, *La propuesta de directiva comunitaria relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*, "RArAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 151-168.

Considera MONGE GIL que es un paso importante en la consecución de una Europa unida suponiendo al propio tiempo un importante reto pues supondrá un 1% de incremento presupuestario con la puesta en marcha de la norma. Del mismo modo cree necesario afrontar el reto de la compatibilidad con la normativa reguladora de las prestaciones de la seguridad social.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús, *Desarrollo sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana*, "RArAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 217-246.

Estudia GARCÍA GARCÍA el concepto y fundamento de la rehabilitación; los títulos competenciales que habilitan para la intervención de los poderes públicos en materia de rehabilitación; la tipología de la rehabilitación urbana (rehabilitación de elementos individuales y rehabilitación integrada o rehabilitación de espacios urbanos); la rehabilitación de espacios urbanos como actividad urbanística (rehabilitación de espacios urbanos y planeamiento urbanístico, deberes urbanísticos derivados de la consideración de las acciones de rehabilitación como actuaciones de transformación urbanística, incidencia de la rehabilitación sobre el contenido urbanístico del derecho de propiedad, deber de conservación y deber de rehabilitación). Cree la autora que en la Ley del Suelo estatal de 28 de mayo y en la legislación urbanística autonómica cabe hablar de una vuelta a la rehabilitación urbana.

MESA RAYA, Carmen, *El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón. Un análisis socio-jurídico*, "RArAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 247-277.

Este trabajo descriptivo incluye amplias referencias normativas y bibliográficas.

PÉREZ MONGUIÓ, José María, *El régimen del turismo activo en España desde la perspectiva andaluza*, "RARAP" núm. 33 diciembre 2008, pp. 281-346.

En este amplio y rico estudio se analiza la situación del turismo activo y su importancia, la regulación, concepto, empresas de turismo activo, directores técnicos y monitores, las medidas de seguridad en la práctica del turismo activo, y el seguro de responsabilidad civil y de accidentes. El estudio incluye esquemas gráficos explicativos y una amplia bibliografía.

CASADO CASADO, Lucía, *La configuración de la televisión de titularidad del Estado como servicio público en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal*, "RVAP" núm. 80, enero-abril 2008, pp. 55-109.

Despliega CASADO CASADO, fina jurista integrante por mérito propio del pujante grupo investigador de Tarragona, un intenso análisis sobre la naturaleza y evolución del servicio público de televisión desde su consideración como servicio público esencial de titularidad estatal en la Ley 4/1980 a la liberalización de la televisión vía satélite y por cable. Estudia igualmente la problemática derivada de la ausencia de definición de contenido de servicio público de televisión en el ordenamiento jurídico español y la definición de la función de servicio público de RTVE en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. El culmen de este apartado es el análisis de las previsiones de la Ley 17/2006, de 5 de junio de la radio y televisión de titularidad estatal (configuración como servicio esencial para la comunidad y cohesión de las sociedades democrática, objeto alcance, obligaciones de servicio público, configuración como servicio a efectos de la financiación pública y adecuación a los criterios establecidos por la Comisión de la Unión Europea). Cree CASADO CASADO que la Ley 17/2006, de 5 de junio de la radio y televisión de titularidad estatal, aun siendo continuista en muchos aspectos, ha supuesto una reforma sustancial del régimen jurídico aplicable a la radio y la televisión incluyendo importantes novedades (tres instrumentos claves para la concreción del servicio público: el mandato marco, el contrato-programa y el sistema de contabilidad analítica). Es en ellos, en su opinión, donde radica la gran transformación del servicio público.

FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, GONZALO, *La capacidad de innovación jurídica de las ordenanzas municipales. Especial referencia a la regulación de la vivienda tasada municipal mediante ordenanzas municipales en la ley 2/2006 de suelo y urbanismo del CAPV*, "RVAP" núm. 80, enero-abril 2008, pp. 111-143,

Concluye el autor que la aprobación de la ley 2/2006 de suelo y urbanismo de la CAPV, supone una transformación total del régimen vasco de vivienda protegida. Aunque el autor no lo afirma, pone los datos que revelan la existencia de la regulación baste uniforme en las ordenanzas aprobadas. El estudio pleno de datos normativos y

jurisprudenciales incluye Anexos con cuadros comparativos del articulado de las distintas ordenanzas objeto de análisis.

URRUTIA LIBARONA, Íñigo, *Cultivos transgénicos y cláusula de salvaguardia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2007. Land Oberösterreich y Austria c. Comisión*, “RVAP” núm. 80, enero-abril 2008, pp. 257-283.

(7) § Varia.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *La voluntad de la forma. La ciudad como espejo. A propósito de las evoluciones o mutaciones sociales*, “RrAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 169-187.

DE GUERRERO MANSO, M^a del Carmen, *Crónica del XVII Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, Facultad de Derecho, 23 al 25 de octubre de 2008)*, “RrAP” núm. 33 diciembre 2008, pp. 399-403.

Abreviaturas

RRAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
VV.AA	Varios autores

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

FUERZA MAYOR Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA-CONTRACTUAL, Concepción Barrero Rodríguez, Ed. Aranzadi, 2009 (219 páginas)

La fuerza mayor constituye, y así lo destaca la autora en las páginas iniciales de la obra, una de las categorías generales del Derecho de cuya importancia en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico no cabe dudar por lo que sorprende, como destaca la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo, que nuestro ordenamiento jurídico no contenga “definición alguna de la fuerza mayor” cuando realmente “es difícil hallar alguna rama de tal Ordenamiento en la que de modo expreso no se aluda” a esta figura “siempre, naturalmente, para derivar de ello alguna liberación de responsabilidad del sujeto o sujetos afectados, o para justificar y legitimar algo que de otro modo no podría dejar de ser exigible”. Es ciertamente llamativo que la doctrina del Derecho Administrativo que tanta atención viene dedicando desde la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa al régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no haya detenido nunca su atención en el estudio de la única causa legalmente prevista de exclusión de esa responsabilidad: la *vis maior*. La obra que se recensiona hace pues justicia con una institución necesitada de reflexión y análisis y que, como demuestran los muchos dictámenes de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa de la que la obra da cumplida cuenta, es causa de una alta litigiosidad en la aplicación diaria del Derecho.

El concepto de fuerza mayor, afirma C. BARRERO, “se ha formulado en el ámbito del sistema privado de responsabilidad por daños” de ahí que el libro comience con un exhaustivo análisis de las causas que la excluyen en el Código Civil, en particular en su artículo 1105, y en otras Leyes que definen el régimen de la responsabilidad privada. Se destaca aquí que ese precepto “se limita a ofrecernos las características de los acontecimientos que excepcionan el principio general de responsabilidad, sin incardinarlos, a diferencia de lo que hacen otros preceptos del propio Código, en las tradicionales categorías del caso fortuito o de la fuerza mayor, tarea que sí han acometido la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, que no han podido mantenerse al margen, aún cuando la pertenencia de un suceso a una u otra institución carezca de toda relevancia práctica en aplicación del precepto, de la potente influencia proyectada por estas categorías”. Se explica así con detalle que la jurisper-

dencia civil utiliza varios criterios de diferenciación entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Así existen ocasiones en las que la distinción se establece con fundamento en la imprevisibilidad o inevitabilidad del acontecimiento dañoso en tanto que en otras se funda en la procedencia interna o externa del suceso, sin que falten ocasiones en las que ambos conceptos se utilizan como equivalentes o en las que se prescinde de cualquier calificación del hecho dañoso. Ahora bien, el estudio de esta jurisprudencia permite concluir a la autora, en contra de la idea absolutamente extendida en la doctrina, que no existen realmente dos criterios de distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor en la medida en que para apreciar “la existencia de *vis maior* los Tribunales exigen con carácter general la concurrencia de dos requisitos: a) el carácter inevitable del suceso, aún cuando hubiera podido preverse; y b) su ajeneidad al sujeto responsable”. Otra conclusión interesante de este análisis del sistema privado de responsabilidad es la que pone de manifiesto como “la extensión de la franja de exoneración de la responsabilidad será más o menos amplia dependiendo de que se proyecte sobre un ámbito regido por un principio de responsabilidad subjetiva o sobre uno presidido por una regla de responsabilidad objetiva. Allí donde rige un principio de responsabilidad objetiva, allí donde el sujeto responde con fundamento en la antijuridicidad del daño y no en las características de su conducta, sólo la fuerza mayor excluye su responsabilidad. Allí donde, por el contrario, responde porque, como señala el artículo 1101 del Código Civil, en el cumplimiento de las obligaciones ha incurrido “en dolo, negligencia o morosidad” o porque, como establece el 1902, por “acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia”, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito eximen del deber de responder”. En otros términos, “si la responsabilidad es objetiva, si la esencia del sistema radica en la antijuridicidad objetiva del daño parece lógico que el titular del bien o actividad que lo causa responda por los riesgos que le son inherentes aún cuando haya actuado diligentemente. Cuando, por el contrario, la responsabilidad gira sobre la antijuridicidad de la conducta, parece igualmente coherente con las notas que la definen que quede exonerado de responder quien habiendo actuado con la diligencia debida, se encuentra con acontecimientos imprevisibles o que, aun previstos, no ha podido evitar, abstracción hecha de que su origen esté fuera o dentro de la esfera o círculo de actuación que controla”.

La obra continua con el examen del concepto de fuerza mayor en el ámbito del sistema de responsabilidad administrativa extracontractual. Se expone y critica aquí el hecho de que la norma administrativa no ofrezca una definición de la *vis maior* y se nos explica como, ante su silencio, el Consejo de Estado, y hoy también los Consejos consultivos autonómicos, así como la juris-

prudencia contencioso-administración sostienen, con apoyo expreso en el artículo 1105 del Código civil, que la fuerza mayor viene constituida por los “acontecimientos ajenos al servicio y revestidos de las notas de la imprevisibilidad o la inevitabilidad”. Con base en esta definición, se nos ofrece una interesante reflexión crítica sobre las notas definitorias de la fuerza mayor excluyente de la responsabilidad de la Administración. Resulta imposible dar cuenta detallada de las muchas ideas y sugerencias que aparecen en esta parte de la obra por lo que tan solo destacaremos algunas. Así, en primer término, las relativas a como la imprevisibilidad y la inevitabilidad constituyen juicios de valor que se proyectan tanto sobre los hechos como sobre sus resultados con lo que, en definitiva, termina empleándose un doble concepto de la fuerza mayor en el sentido ya formulado por EXNER a comienzos del siglo pasado. De una parte, “el que la considera cierta condición objetiva del suceso sobrevenido, por la cual éste se presenta por sí mismo como *vis maior*, sin ninguna relación con la cuestión de la culpa; y, de otra, el que la halla en una relación entre aquellos hechos y la conducta que ante ellos han observado las personas obligadas hipotéticamente a la indemnización, de tal suerte que no podemos asegurar ó negar la existencia de la fuerza mayor con sólo observar los hechos exteriores, sino que haya que hacer un balance entre estos últimos y el conjunto de medidas adoptadas y preparativos realizados para evitar tales hechos ó impedir por lo menos el daño que de éstos pueda resultar”.

Singular interés presentan también, en segundo lugar, las consideraciones de la autora llamadas a poner de manifiesto “el valor del comportamiento de la Administración como criterio de referencia para la determinación de la *vis maior*”. En efecto, la apreciación de la fuerza mayor implica un juicio de valor sobre si la Administración “pudo o no prever determinados sucesos y sobre si, en su caso, adoptó las medidas necesarias para evitarlo o, al menos, para excluir o minimizar sus posibles efectos lesivos” con lo que, en definitiva, se “introduce en su valoración y apreciación un claro elemento de naturaleza subjetiva” que viene a evidenciar hasta que punto la culpa “sigue estando institucionalmente presente en los sistemas de responsabilidad objetiva”. Desde esta premisa se pregunta por cuales son los criterios que han de servir para “medir o determinar si la Administración previó realmente cuanto debería haber previsto y evitó lo que estuvo en sus manos evitar” concluyendo que el régimen de la responsabilidad administrativa presenta en este ámbito una de sus lagunas mas graves al carecer precisamente de reglas que permitan determinar la diligencia exigible a la Administración en el desarrollo de los distintos cometidos públicos.

Finalmente se efectúan una serie de consideraciones, de extraordinario interés igualmente, acerca del requisito de la ajeneidad al servicio del hecho

dañoso como elemento determinante de la *vis maior*, destacándose que esta condición se encuentra sencillamente superada en la medida en que no es cierto que la Administración responda de todos los daños que, en clásica expresión, se producen en “la interioridad del servicio”. La Administración, lo que no es lo mismo, responde de los daños que se producen dentro del nivel de prestación que, en cada caso, le es exigible. Ello permite afirmar a C. BARRERO que “probablemente ocurra que el requisito de la ajeneidad o no al servicio como criterio determinante de la responsabilidad administrativa ha terminado por adquirir un significado distinto de aquel que se le otorgara durante los primeros años de vigencia de la regla de la responsabilidad objetiva de la Administración que aun pervive en nuestro Derecho. La ajeneidad, en efecto, no parece concebirse hoy, así es al menos en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y de los órganos consultivos, como causa extraña a la actividad administrativa, al funcionamiento de los servicios públicos; la ajeneidad se proyecta, cada vez con más frecuencia, sobre el riesgo propio o específico de cada actividad o servicio. Esto es, un determinado daño deberá ser calificado de interno o externo al servicio no en función de sí se produjo o no en su ámbito, en la órbita de la actividad administrativa, sino en atención a sí representa o no la actualización de un daño vinculado al riesgo inherente a la prestación de cada servicio público”.

El estudio crítico realizado lleva, en definitiva, a la autora a manifestar la importancia y necesidad de que la norma administrativa defina la fuerza mayor precisando su alcance en conexión con otras causas de exoneración de la responsabilidad administrativa.

El último capítulo de la obra se dedica al análisis de una cuestión que estimamos fundamental: la aplicación de la fuerza mayor, en especial en su conexión con el funcionamiento anormal del servicio público. Prescindiendo ahora de otras cuestiones de interés, la obra presenta en este ámbito un doble valor. De una parte, nos ofrece una exposición exhaustiva del tratamiento que la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa dispensan a esta cuestión destacándose como, salvo muy contada excepciones, la presencia de un funcionamiento anormal del servicio público determina que los Tribunales ni siquiera entren a valorar si el hecho de *vis maior* alegado por la Administración cuenta realmente con esa condición ni mucho menos a apreciar cual haya podido ser su participación en el resultado lesivo. De otra parte, la obra nos propone la necesidad de un nuevo entendimiento de la cuestión que pasa por la defensa de un posible concurso causal entre la fuerza mayor y el incorrecto actuar de la Administración, postura que funda en el propio significado y alcance del nexo causal.

Nos encontramos, en fin, ante una obra importante que enriquece los estudios existentes sobre la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas con el tratamiento de un tema que, hasta ahora, había pasado desapercibido. Ahora bien, la obra comentada no se centra solo en el análisis de la fuerza mayor, constituye una reflexión de mas amplio alcance sobre las bondades y carencias del sistema vigente de responsabilidad administrativa extracontractual. Estoy segura por ello, compartiendo en este sentido las palabras de P. ESCRIBANO en el Prólogo a la obra, “de que la lectura del presente libro no sólo no defraudará a sus lectores y estudiosos, sino que les aportará nuevas perspectivas y elementos de juicio sobre la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones, sus defectos y posibilidades de reforma, por lo que creo que debemos felicitar a su autora y celebrar a la vez el importante enriquecimiento del acervo doctrinal que se logra con su publicación”.

Concepción HORGUÉ BAENA
Prof. Titular Universidad de Sevilla

**Revista de Estudios
de la Administración
Local**

Mayo-Agosto 2008

Número 307

I. Estudios

Remedios Roqueta Buj
**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
LOCALES TRAS EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO**
9

Isabel González Ríos
**LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA: IMPLICACIONES URBANÍSTICAS,
DEMANIALES Y DE EFICIENCIA ENERGÉTICA**
27

Agusto González Alonso
**LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE
EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA COMPETENCIA
DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS**
67

Juan Calvo Vérguez
**EN TORNO A LA EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL PRESUPUESTO
DE LOS ENTES LOCALES**
91

Felio José Bauzá Martorell
**LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO EN LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS**
117

Marisol Ibáñez Picó
**MUNICIPIO Y CIVISMO, LAS ORDENANZAS MUNICIPALES
COMO INSTRUMENTO PARA LA CONVIVENCIA**
143

II. Jurisprudencia

Francisco E. Úbeda Tarajano
**EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y ACUERDOS
DE LAS CORPORACIONES LOCALES POR LOS MIEMBROS DISIDENTES
TRAS LA STC 173/2004, DE 18 DE OCTUBRE**
185

III. Crónicas y Documentos

M.^a Ángeles Huete y Clemente J. Navarro
**LA LÓGICA CONTEXTUAL DE LA COLABORACIÓN EN LA PRESTACIÓN
DE SERVICIOS MUNICIPALES. ANÁLISIS COMPARADO DE MUNICIPIOS EN
ESTADOS UNIDOS, NORUEGA Y ESPAÑA**
203

IV. Recensiones

Álvaro Martim Guedes y Francisco Fonseca (orgs.)
**CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CENÁRIO, AVANÇOS
E DILEMAS NO BRASIL**
EDITORIA UNESP, CULTURA ACADÊMICA. SÃO PAULO-SP, BRASIL.
2007, 287 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda)
227

**RECOMENDACIONES DE LA CONFERENCIA TRIPARTITA SOBRE LAS
AGLOMERACIONES DE LA CONFEDERACIÓN SUIZA, GRUPO TÉCNICO
TRIPARTITO DE LA CTA. COOPERACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL DE LAS
AGLOMERACIONES**
TRADUCCIÓN DE JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ ÁLVAREZ.
MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. MADRID. 2007. 159 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda)
230

M.^a Luisa Gómez Jiménez
LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA VIVIENDA EN ESPAÑA 1938-2005
EDITORIAL MONTECORVO, MADRID, 2006, 820 PÁGS.
PRÓLOGO DE ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO
(Recensión: M.^a Remedios Zamora Roselló)
233

José Antonio Tardío Pato
**LA GESTIÓN URBANÍSTICA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA,
DEL ESTADO ESPAÑOL Y DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**
ED. THOMSON-ARANZADI. CIZUR MENOR (NAVARRA, 2007), 568 PÁGS.
(Recensión: Fernando de Rojas Martínez-Parets)
236

Santiago González-Varas Ibáñez
TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
6 TOMOS, 8 VOLÚMENES. EDITORIAL CIVITAS, MADRID, 2008
(Recensión: José Gerardo Gómez Melero)
238

Francisco Sosa Wagner
CARL SCHMITT Y ERNST FORSTHOFF: COINCIDENCIAS Y CONFIDENCIAS
EDITORIAL PONS, MADRID, 2008
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
239

V. Sumarios de otras revistas

II A A P