Estudios goberna

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

# EL ESTADO AUTONÓMICO
## Integración, solidaridad y diversidad

volumen 2

COLEX

INAP

INAP

11001-012-Estado autonomico0 15/10/05 12:26 Página 1

11001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 2

I1001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 3

# EL ESTADO AUTONÓMICO: INTEGRACIÓN, SOLIDARIDAD, DIVERSIDAD

I1001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 4

I1001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 5

JOSÉ MARÍA VIDAL BELTRÁN
Y MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA
(Coordinadores)

# EL ESTADO AUTONÓMICO: INTEGRACIÓN, SOLIDARIDAD, DIVERSIDAD

VOLUMEN II

Prólogo
Jordi Sevilla Segura

EDITORIAL COLEX

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I1001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 6

Colección: ESTUDIOS GOBERNA

FICHA CATALOGRÁFICA

El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad. Volumen II. Coordinadores José María Vidal Beltrán y Miguel Ángel García Herrera. Prólogo: Jordi Sevilla Segura.– 1ª edición.– Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, Editorial Colex. 2005.– 764 páginas.

Primera edición: octubre 2005

Copyright © 2005

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (*www.cedro.org*) vela por el respeto de los citados derechos.

© Constitución y Leyes, S.A.
Ctra. Pozuelo, 52
28220 Majadahonda - Madrid
colexeditor@interbook.net
http://www.colex.es

I.S.B.N. Obra completa: 84-7879-976-1

I.S.B.N. Volumen II: 84-7879-978-8
Dep. Legal: M-41.959-2005

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I.S.B.N. Obra completa: 84-7351-241-3

I.S.B.N. Volumen II: 84-7351-243-X
N.I.P.O.: 329-05-019.7

Preimpresión: Lufercomp S.L., San Fernando de Henares (Madrid)
Impresión: Gráficas Rógar. Tél: 91 811 40 40

11001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 7

# ÍNDICE GENERAL

**Prólogo**
*Jordi Sevilla Segura* . . . . . 13

**Presentación**
*Miguel Ángel García Herrera y José María Vidal Beltrán* . . . . . 17

**VOLUMEN I**

**CAPÍTULO I. Algunas experiencias comparadas** . . . . . 25

**CAPÍTULO II. Estado Autonómico e integración** . . . . . 113

- La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal . . . . . 115
- Las regiones en la integración comunitaria . . . . . 229
- Regulación y garantía de los elementos comunes . . . . . 313

**CAPÍTULO III. Estado Autonómico y solidaridad** . . . . . 373

- Cohesión social, económica y territorial . . . . . 375
- Integración económica y social . . . . . 475
- La financiación del Estado Autonómico . . . . . 605

**VOLUMEN II**

**CAPÍTULO IV. Estado Autonómico y diversidad** . . . . . 13

- La diversidad histórico-cultural en el Estado Autonómico . . . . . 15
- La diversidad en el Estado Autonómico y sus límites . . . . . 113
- Las reformas estatutarias . . . . . 207

**COMUNICACIONES** . . . . . 305

- Estado Autonómico e Integración . . . . . 305
- Estado Autonómico y solidaridad . . . . . 451
- Estado Autonómico y diversidad . . . . . 611
- El Estado compuesto en el Derecho comparado . . . . . 721

I1001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 8

11001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 9

# SUMARIO VOLUMEN II

**CAPÍTULO IV. Estado Autonómico y diversidad** . . . . . 13

**La diversidad histórico-cultural en el Estado Autonómico** . . . . . 15

Antonio López Pina. Diversidad cultural e igual libertad . . . . . 17
Christian Tomuschat. Kants Schrift "Zuum Ewigen Frieden" . . . . . 27
José Antonio Portero Molina. El Estado de las Autonomías en tiempo de reformas . . . . . 39
Javier Corcuera Atienza. Derechos históricos, democracia y ley de la claridad (Más sobre el "Plan Ibarretxe") . . . . . 65
Miguel Revenga Sánchez. La oficialidad de la lengua como problema cultural . . . . . 85
Antonio López Castillo. De la diversidad de las lenguas (españolas) en la UE . . . . . 95

**La diversidad en el Estado Autonómico y sus límites** . . . . . 113

Juan José Solozábal Echevarría. Los límites materiales de las reformas estatutarias . . . . . 115
José Acosta Sánchez. Reforma y límites del Estado Autonómico . . . . . 131
Eduardo Vírgala Foruria. Nación y nacionalidades en la Constitución . 145
Javier Tajadura Tejada. El Derecho de autodeterminación . . . . . 177

**Las reformas estatutarias** . . . . . 207

Miguel Ángel García Herrera. La reforma estatutaria vasca . . . . . 209
Carles Viver i Pi-Sunyer. La reforma de los Estatutos de Autonomía . . . 233

11001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 10



María Luisa Balaguer Callejón. Reforma Estatutaria y Reforma Constitucional . . . . . 251

Manuel Contreras Casado. La interminable forja de la autonomía. El caso de Aragón . . . . . 257

Manuel Alcaraz Ramos - Mª Mar Esquembre Valdés. Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: una propuesta para su reforma . . . . . 275

Baldomero Oliver León. El proceso de reforma del Estatuto de Autonomía en Andalucía . . . . . 287

**COMUNICACIONES** . . . . . 305

**Estado Autonómico e Integración** . . . . . 305

Mónica Arenas Ramiro. Protección de datos personales y organización territorial . . . . . 307

Jose Ángel Camisón Yagüe. La participación de los Länder alemanes en los asuntos de la Unión Europea: ¿un ejemplo a seguir para las Comunidades Autónomas? . . . . . 327

Leire Escajedo San Epifanio. Competencias autonómicas en la Investigación Biomédica con embriones humanos y definición del contenido esencial de los derechos fundamentales . . . . . 345

Sergio Romeo Malanda. Efectos jurídicos de la contravención por parte de las Comunidades Autónomas de la legislación básica estatal en materia de derechos de los pacientes . . . . . 367

Yolanda Fernández Vivas. Igualdad de oportunidades de los partidos políticos y sistema electoral (a propósito de la reforma del Senado) 381

Adoración Galera Victoria. La acción exterior de la Comunidad Autónoma de Andalucía . . . . . 397

Josu De Miguel Bárcena. La reforma constitucional del Senado ante la Unión Europea . . . . . 409

María Salvador Martínez. «Autoridades independientes» y organización territorial . . . . . 427

**Estado Autonómico y solidaridad** . . . . . 451

Esteban Arlucea Ruiz. Competencias medioambientales estatutarias: entre la legislación básica estatal y la normativa local . . . . . 453

Aniza Fernanda García Morales y Antonio de Cabo de la Vega. Principio de solidaridad y gestión del agua en España: hacia el derecho humano al agua . . . . . 487

11001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 11



Ainhoa Lasa López. Derechos sociales y Estado Autonómico: el Estatuto de Autonomía como instrumento normativo de garantía de los derechos sociales . . . . . 511

Rafael Lasaga. La protección del Patrimonio Artístico, Histórico y Cultural en la Comunidad Autónoma del País Vasco . . . . . 531

Eva María Muñoz Martínez - Jesús de val Arnal. El empleo y las competencias de las Comunidades Autónomas después de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo . . . . . 539

Fernando Oliván. Extranjería y territorialidad: crítica de una sinrazón de Estado . . . . . 557

Juan Carlos Remotti Carbonell. El Comité de las Regiones en la Constitución Europea . . . . . 577

Goretti Sagarduy Uribe-Echebarria. Solidaridad entre las Comunidades Autónomas en las prestaciones sanitarias . . . . . 601

**Estado Autonómico y Diversidad** . . . . . 611

Flor Arias, Amaya Fernández y Pilar López. Reflexiones en torno a la reforma de los Estatutos de Autonomía. Puntos abiertos al debate . 613

Igor Filibi. Redefiniendo el reto de la diversidad nacional desde el federalismo . . . . . 639

Raquel Pineda. La diversidad en el Estado Autonómico: un análisis teórico de los hechos diferenciales . . . . . 669

**El Estado compuesto en el Derecho comparado** . . . . . 719

Cristina Elías Méndez. La moción de censura en las Constituciones de los Länder Alemanes . . . . . 721

Mariano Ferrero. El sistema federal argentino en la globalización: la reforma constitucional de 1994 y la tensión entre regionalización y regionalismo . . . . . 741

Cristina Zoco Zabala. Experimentación legislativa de las colectividades territoriales: a vueltas con el modelo de descentralización administrativa en Francia . . . . . 755

I1001-012-Estado autonómico0 15/10/05 12:26 Página 12

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 13

# CAPÍTULO IV.

# ESTADO AUTONÓMICO Y DIVERSIDAD

I1013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 14

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 15

# LA DIVERSIDAD HISTÓRICO-CULTURAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 16

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 17

# DIVERSIDAD CULTURAL E IGUAL LIBERTAD

**Antonio López Pina**
*Catedrático Derecho Constitucional*
*Universidad Complutense de Madrid*

Desde el Renacimiento, la gran idea de conciliar la universalidad de los valores con la diversidad de las culturas ha permeado la vocación de Occidente. De ahí, el principio de la autonomía moral y el laicismo, de PICO DELLA MIRANDOLA y KANT a Francisco GINER y Fernando DE LOS RÍOS[1]; de ahí, el principio de la tolerancia, de LOCKE y VOLTAIRE a LESSING[2]. Con nuestro cuarto de siglo de vida constitucional a cuestas[3], no estoy yo tan seguro, sin embargo, de que, en nuestro Estado de las Autonomías, hayamos acertado a la hora de ponderar la diversidad cultural y la igual libertad. Por lo que, siendo tal ponderación medular tanto para la realización de los derechos como para el gobierno democrático, no debamos cejar en el esfuerzo de clarificación que como juristas nos corresponde. Seis tesis para el debate pueden servir a tal fin.

## I. DIVERSIDAD Y PLURALISMO ENCUENTRAN SU SENTIDO EN EL SERVICIO AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD, QUE SÓLO ES LEGÍTIMO, CUANDO ES IGUAL PARA TODOS

Por la naturaleza de las cosas, la diversidad tiene, necesariamente, fundamentos comunes como referencia; diversidad y pluralismo nunca son magnitudes autorreferidas y no pueden ser sino adjetivos. De ahí que, inmediata y directamente, planteen la pregunta desde dónde y para qué la diversidad y el pluralismo. Pues bien, con la Constitución Española en la mano, la respuesta es, sin ambages ni vacilaciones, unívoca: para el ejercicio de la libertad –que sólo cuando es igual para todos es legítimo, por otra parte–.

---

[1] Cfr. Luis GÓMEZ LLORENTE, *Vigencia del Laicismo*, Revista *Temas para el Debate*, Nov. 2001; id., *Principios de la Escuela pública*, en *Por la Escuela pública*, Homenaje a Mariano Pérez Galán, Madrid: Fundación Educativa y Asistencial CIVES, 1998; A. LÓPEZ PINA, *Europa, proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Madrid: Ed. Dykinson, 2004

[2] *vid.* John LOCKE, *A Letter concerning Toleration* in *The Second Treatise of Government*,Oxford: Basil Blackwell, 1966; VOLTAIRE, *Traité sur la tolerance*, Paris: Flammarion, 1989; LESSING, *Nathan der Weise*, 1779, *Gedichte. Fabeln. Dramen, Lessings Werke*, Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1967; PHILOTAS, *Lessings Nathan der Weise*, Berlin: Deutsches Theater, 1993/1994. Cfr. R. FORST, *Toleranz im Konflikt*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2003

[3] cfr. *Constitución y Democracia. 25 Años de Constitución Democrática en España*, edición de Javier CORCUERA y Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, Madrid: Centro de Estudios constitucionales y políticos (en prensa).

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 18



La lógica de tal punto de partida veda no ya la pretensión de cualquier identidad cultural como salvoconducto para la discriminación o el privilegio. El derecho a la diferencia no cabe sino al precio del respeto a los derechos de los demás; el derecho a la integración es el límite de la tendencia a la exclusión de la identidad cultural. Más aún, la lógica de la centralidad de la persona y de sus derechos impone en el Ordenamiento jurídico incluso la subordinación de la identidad respecto de la libertad, ya que, normativamente, la identidad sólo es asumible como apéndice de la emancipación. Sólo entre ciudadanos que sean igualmente libres cabe un ejercicio legítimo de la identidad cultural.

Y, así, desde hace años, he venido manteniendo que, justo, desde tales supuestos no cabe siquiera yuxtaponer *efectiva igual libertad* y *garantía de la diversidad mediante derechos colectivos de comunidades. La diversidad cultural únicamente es conforme a Derecho como subfunción de la igual libertad como derecho fundamental de los individuos.*

En teoría constitucional, sólo las personas físicas y jurídicas son titulares de derechos fundamentales, por más que se enarbolen estandartes como la identidad o la autodeterminación colectiva. Los *derechos colectivos* contradicen la dogmática de los derechos, a tenor de la cual, las libertades traen causa de la dignidad humana, que no es predicable de colectivo alguno. En tal sentido, es inconsecuente atribuir derechos fundamentales a minorías. Consiguientemente, la Constitución española tiene como referencia a los ciudadanos y sus derechos a la *igual libertad* como personas, y no *colectivos culturales* que, por definición, son siempre de autodefinición política partidaria. En la España de los derechos humanos y libertades, la diversidad –la *diversidad cultural*, sin ir más lejos– solamente cabe como reflejo del ejercicio de la libertad individual, por más que los derechos culturales puedan ejercerse en el seno de un grupo definido eventualmente como minoría. Justamente por ello, existe una diferencia de jerarquía entre derechos fundamentales, únicamente predicables de individuos, y garantías legales del ejercicio de derechos a favor de los grupos territoriales en los que los individuos se integran.

La experiencia histórica de la proyección territorial de las identidades culturales no viene sino a corroborar en la práctica tal planteamiento dogmático. Las negativas experiencias históricas europeas con toda suerte de tribalismos, que, de la Primera Guerra Mundial a la reciente Guerra de Bosnia, se han prodigado en la opresión y la exclusión de masas de ciudadanos, abonan la opción dogmática que prima la garantía de los derechos. Ello se explica por la evidencia, de que también los grupos identitarios o comunidades culturales son centros de poder. En la alternativa, bien, de otorgar derechos colectivos a una comunidad –que ésta pudiera hacer valer, sea, frente a particulares que el poder comunitario excluye como extraños, sea, frente a quiénes la autoridad monopolizadora de la definición política incluye como pertenecientes–, bien, de ceñir los derechos fundamentales al individuo, es evidente la opción: a saber, no

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 19



cabe alternativa a que en el seno de una comunidad se garanticen los derechos individuales frente a la autoridad.

## II. LA NEGACIÓN, EN LA POLÍTICA DE LA DIVERSIDAD, DE LOS PATRONES UNIVERSALIZABLES DE VALOR EN LOS QUE ARRAIGA LA LIBERTAD DE LA PERSONA, ATENTA DIRECTAMENTE CONTRA TODA VOCACIÓN DE PODER DEMOCRÁTICO

Y, ¡ya que la garantía de la diversidad fuera una mera cuestión de política cultural! Pero es que los políticos identitarios llevan sus reivindicaciones al extremo, de querer imponer una teoría política alternativa a la doctrina occidental de la democracia. La negación, en la *política de la diversidad*, de los patrones universalizables de valor en los que arraiga la libertad de la persona, atenta directamente contra toda vocación de poder democrático. La pretensión, de algunos *políticos de la diversidad*, de derechos colectivos identitarios para una comunidad responde al designio de suplantar las elecciones democráticas; los presuntos *derechos colectivos a la diversidad* de *minorías* alzan barreras a la discrecionalidad del *legislador democrático para todos*, confundiendo, en perjuicio de la democracia, *presuntos derechos colectivos* y los derechos fundamentales de los otros, política y Derecho.

A mayor abundamiento, para quiénes no pertenecen al grupo que se autodefine como *diverso* al común, tal política cobra la cara de la privación, el sometimiento alienante y la exclusión. Así, la *no–pertenencia* deviene un estigma discriminador, una fuente de continua relativización de los iguales derechos –libertad de todos– desde la Constitución, tendencialmente universales. La discrecional autodefinición de una comunidad identitaria como *colectivo cultural* lleva como correlato la exclusión de la igualdad política y de las iguales libertades jurídico-fundamentales y, por ende, la erosión de las bases de la ciudadanía. Los componentes centrífugos de una *diversidad* llevada a la exacerbación cuestionan el Orden político fundado y constituido por los ciudadanos mediante reglas de validez general.

Todos los planteamientos, con independencia de su origen, que, partiendo de la exacerbación de la diversidad, conducen, sea, a la pretensión de impunidad regional frente al imperio de la ley y a la subversión de la Constitución, sea, a una reforma en sentido asimétrico de la Constitución territorial, contradicen, así, la noción de ciudadanía igualmente libre en un Estado contemporáneo.

## III. EL PROBLEMA QUE PLANTEA EN ESPAÑA LA DIVERSIDAD CULTURAL HA SIDO, EN PRIMER LUGAR, MENOS SU GARANTÍA, QUE LA REDUCCIÓN DE LA MISMA A UNIDAD DE DECISIÓN POLÍTICA

Políticamente, el problema que, desde la apertura del proceso constituyente, hemos tenido los españoles ha sido menos la garantía de la diver-

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 20



sidad cultural, que su reducción a la unidad de decisión de un Gobierno igual para todos que requiere la garantía de los derechos fundamentales. El Título VIII de la Constitución no es un *Ersatz* para una distribución por materias de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que las fuerzas políticas de izquierda propusieron en las Cortes constituyentes, y que determinadas fuerzas políticas hicieron abortar. La *cláusula sin perjuicio* del art. 149.1 CE, que a renglón seguido sería vuelta del revés en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y el País Vasco, más que una mera *fórmula dilatoria de compromiso* (SCHMITT) se ha evidenciado como una incitación directa al conflicto; por si ello no fuera bastante, la incapacidad del Senado para servir de cámara territorial ha hecho problemática la concertación unitaria de la *diversidad*.

Pero es que, adicionalmente, el saqueo de la igual libertad de todos ha sido el precio impuesto por muchos paladines de la diversidad cultural a los ciudadanos: la burguesía de Barcelona, entiéndase Convergencia i Unió, nunca aceptó el principio de igualdad ante la ley, ni asumió, con la obligación de respetar los derechos fundamentales, el deber de lealtad constitucional. Las vacilaciones constitucionales han llevado finalmente al Partido Nacionalista Vasco a converger con Batasuna en una estrategia secesionista, en detrimento de los derechos fundamentales, la unidad de decisión política y la lucha contra el terrorismo. Al cabo del tiempo, el *principio dispositivo* ha prestado, en fin, alas a una espiral de reivindicaciones en nombre de la diversidad cultural y a un cuestionamiento permanente de la *Carta Magna*, garantía precisamente de la universalidad de los valores.

## IV. ES FALAZ EL ARGUMENTO DE LA IMPERIOSIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DESDE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Desde hace algún tiempo, y a la vista de los límites que el texto literal plantea a los propios proyectos, se alzan voces, siempre *pro domo sua*, que apelan a la reforma constitucional. Las propuestas originarias de reformas estatutarias colocan en primer plano redistribuciones de competencias a favor de unas Comunidades Autónomas, cuya armadura institucional y financiera sobresale por su volumen y alcance en el Derecho comparado. Bien mirado, no parece que el *problema de España* consista en una mayor descentralización: es difícil encontrar en Occidente paises y ordenamientos jurídicos en los que el pluralismo cultural esté mejor garantizado que en España.

Tras veintiséis años de Constitución, nadie ha logrado convencerme, de que haya para los ciudadanos problema más importante que la *igual libertad* y las condiciones materiales de su ejercicio. Ciertas propuestas de reforma constitucional responden a visiones políticas conservadoras, identitarias, antagónicas a los intereses generales. Un problema distinto en el que no puedo entrar aquí es la inexistencia histórica en España de una derecha democrática, en la que *prat–de–la–ribistas* y *sabino–aranistas* pudieran haberse integrado.

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 21



La *igual libertad* y no otra es, pues, la *cuestión española*. Y ahí es donde objetivamente nos duele. Porque cuando se mira a los doscientos años transcurridos desde la crisis del Antiguo Régimen, se cobra conciencia, de que la sociedad española nunca fue, bajo la heredada y pétrea desigualdad social, propicia a la reforma; la sociedad española del *status quo* no es reformable. Los programas reformistas nunca fueron realizados; y los políticos *regeneracionistas*, de Francisco GINER, Joaquín COSTA, Manuel AZAÑA y Fernando DE LOS RÍOS a Joaquín RUIZ GIMÉNEZ, *reformistas*, de Landelino LAVILLA y Enrique TIERNO a Fernando MORÁN y *gradualistas*, de Pablo IGLESIAS y Nicolás REDONDO a Luis GÓMEZ LLORENTE fracasaron en reformas que se estrellaron contra un ejercicio del poder y una estructura social mantenidos al precio, si necesario fuera, de la violencia.

## V. HACER VIDA REAL DE LA CONCILIACIÓN ENTRE UNIVERSALIDAD DE VALORES Y SINGULARIDAD DE ALGUNAS CULTURAS, DE LA QUE LA CONSTITUCIÓN ES EL MANIFIESTO, COMO ALTERNATIVA

La alternativa que se dibuja en el horizonte, tanto a las propuestas de reforma constitucional como al mantenimiento del *status quo*, consiste, más bien, en primer lugar, en que las élites vuelvan de su extravío y la sociedad española en su diversidad reconozca lo confortablemente que ha vivido bajo esta Constitución y retorne a ella. Es decir, en hacer vida real de la conciliación entre universalidad de valores y singularidad de algunas culturas, de la que la Constitución es el *manifiesto*.

Si en tal espíritu se concierta reformar la Constitución, bienvenida sea como signo de los tiempos. Ahora bien, por imperativo de lealtad constitucional debe quedar meridianamente claro que la reforma de los Estatutos de Autonomía tendrá como marcapasos, entonces, la reforma constitucional acordada.

Y, si bien, la reciente I Conferencia de Presidentes de Comunidades Autónomas ha tenido una función integradora y de restablecimiento del diálogo multilateral entre el Gobierno y las Comunidades, está por ver, si tan pacífica disposición de ánimo va a concretarse en acuerdos acerca de una distinta distribución de competencias. Con una reserva adicional, en mi caso: no estoy yo seguro, de que la promesa del Presidente del Gobierno de convertir en ley los acuerdos de la Conferencia de Presidentes sea un procedimiento tan acertado. Para empezar, obsequia con un derecho de veto a los Presidentes de los Consejos regionales, del que la Constitución no llegó a dotarlos; simultáneamente, abdica de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno. A efectos de una política nacional e internacional de conciliación entre la universalidad de los valores y la diversidad cultural, suspende, en fin, por vía de renuncia, el mandato mayoritario que le han confiado los ciudadanos y, por ende, los derechos de éstos a determinar la política a través del sufragio.

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 22



## VI. DE TODOS MODOS, A LA ALTURA HISTÓRICA DE LA MUNDIALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS Y ECONOMÍAS DE ESCALA, NI SIQUIERA EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO ES CAPAZ DE CONCILIAR LA UNIVERSALIDAD DE LOS VALORES CON LA SINGULARIDAD DE LA CULTURAS. DE AHÍ LA RAZÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Y, justo, en este tránsito hacia una reforma de nuestra Constitución territorial, se nos convoca a ratificar por referéndum el nuevo Tratado. Pues bien, de modo semejante a la Constitución Española, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa garantiza el pluralismo cultural[4] –lo que puede animar, a quiénes lo consideren una prioridad determinante, a votar afirmativamente.

La diversidad cultural no está, pues, en peligro en España o en Europa. Y la feria de los etnicismos y comunitarismos, como disfraces de políticas hegemónicas de clase, no debería distraer nuestra atención del hecho, de que son manifiestamente otros los problemas: a saber, la igual libertad de todos, para cuya garantía, esta vez, sí, la *Carta* provee a los ciudadanos de un potente instrumento [5].

La cuestión que se nos plantea a renglón seguido es la relación entre el Derecho comunitario y nuestra Constitución, toda vez que el art. I – 6 TCpE establece la primacía de aquél. Al respecto, siento no compartir el alto parecer del Consejo de Estado, de modo semejante a como, en 1993, discrepé del dictamen del Tribunal Constitucional respecto de la compatibilidad entre nuestra Constitución y el Tratado de Maastricht. Precisamente, las contradicciones y flaquezas del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, hacen que, extendiendo los planteamientos dogmáticos anteriormente expresados a la Unión y frente a la inveterada primacía del Derecho comunitario, se nos imponga para la *unión constitucional* (*Verfassungsverbund*) una tarea: menos la reforma constitucional para adaptar nuestra ley fundamental a un texto por demás insatisfactorio, que *determinar constitucionalmente el Derecho comunitario* y hacer Derecho del *principio de homogeneidad constitucional*[6]. En el momento

---

[4] Art. III – 280 TcpE *Apoyo a la cultura.*
Art. I – 3 3. TCpE *La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.*
Art. I – 17 TCpE *La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento. Los ámbitos de estas acciones serán en su finalidad europea d) la cultura*
Preámbulo de la *Carta* TCpE *La Unión ... valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de Europa.*
Art. II – 82 TCpE *La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.*

[5] *vid.* A. López Pina, *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional, op. cit.*

[6] Hay una necesidad objetiva de que el Derecho constitucional y el Derecho comunitario sean aplicados desde una *interpretación recíprocamente conforme* (Hesse, 1999). Mas, precisamente, a la hora de configurar esa cooperación entre Ordenamientos, no cabe ignorar la asimetría entre la venerable y sólida tradición del Derecho constitucional y la bisoñez y el talante experimental del Derecho comunitario. Si de lo que se trata es de constituir poder público y orden social en Europa

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 23



del actual proceso constituyente europeo, la alternativa no se plantea entre reforma de los Tratados y estabilidad de nuestras constituciones, sino entre pasividad y reacción de la sociedad española; es decir, entre disposición inerte frente a las *mutaciones* y *suspensiones* a que va a continuar dando lugar el Derecho comunitario y recuperación de la iniciativa de política constitucional. No bastaría, así, una política que, buscando asegurar los principios constitucionales originarios puestos en cuarentena por la integración europea, se redujera a modificaciones *ad hoc*. Si, de verdad, queremos que la Unión Europea respete nuestros principios constitucionales, de poco va a servir limitarnos a formalizar su garantía en la Constitución.

El correcto planteamiento de estos problemas exige tener en cuenta que un nuevo Tratado comporta correlativas alteraciones de las constituciones de nuestros Estados. En tal sentido, la pregunta decisiva es la inversa de la seguida, en los Estados europeos, a raíz de la aprobación de los Tratados de Mastrique, de Amsterdam y de Niza, durante los últimos años: a saber, ¿qué Derecho originario y qué Derecho derivado resultarían más coherentes con nuestros postulados constitucionales? Justo por la importancia del Derecho europeo para nuestro Derecho constitucional, la mejor manera de preservar éste en sus principios no es ir adaptándolo a la deriva, eventualmente errática e incluso subversiva, del Derecho comunitario, sino, antes bien, impulsar la adopción por la Unión Europea de las *tradiciones constitucionales de los Estados miembros*. En la medida en que el Derecho comunitario va a primar sobre el Derecho constitucional, no habrá modo de preservar nuestro Orden fundamental como no sea proyectando los propios *principios constitucionales* sobre el Derecho comunitario. En definitiva, se trata de extraer del postulado de la *homogeneidad constitucional* (art. 23 GG) entre los Estados miembros y la Unión Europea, de nuestra *unión constitucional*, sus consecuencias últimas; no sólo en el plano de la interpretación constitucional, sino también en el del Derecho europeo.

Y, así, se da por descontada cierta tensión entre el art. 9.1 CE y el art. I–6 TCpE. En los dictámenes y propuestas que han llegado al *foro público* sobre la forma de resolver posibles antinomias entre la Constitución Española y el art. I–6 TCpE, se ha tendido, por razones del alto coste institucional de la aplicación del art. 168 CE –disolución anticipada de las Cortes, convocatoria de elecciones generales, ratificación por las nuevas Cortes por dos tercios y subsiguiente referéndum sobre la reforma–, a excluir la reforma del art. 9.1 CE .

---

conforme a los postulados del *imperio del Derecho*, la clásica teoría de la Constitución es portadora de un legado que bien podría inspirar la forja del nuevo *Derecho común*. El reto consistiría, pues, de un lado, en comprender el Derecho comunitario desde la experiencia del Derecho constitucional, y analizar justamente de ese modo los problemas y tendencias en la formación del *Derecho común europeo*. Y, de otro, en, desde la Constitución Española, impulsar en Europa una política de regulación del mercado, de transformación social y de determinación del Derecho europeo. Vid. A. LÓPEZ PINA, *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, op. cit.; A. LÓPEZ PINA; I. GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho público*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2002.

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 24



Sin perjuicio de que se trate de unos efectos no desdeñables, más importante me parece, ante la invocación anunciada del art. I–6 TCpE, y, no obstante la documentada opinión del Sr. MARTÍNEZ LAGE (*vid. El País*, 4 nov. 2004), en cambio, reforzar la Constitución Española. A tal fin, tengo para mí que la Constitución Española será más fuerte con un art. 9.1 CE confirmado que con un art. 9.1 CE reformado. En tal sentido, y en la expectativa de previsibles colisiones de normas entre el Tratado, el Derecho derivado y nuestra Constitución, me parece de esencial salud jurídica mantener intacta la supremacía de la Constitución.

Quedando así a salvo la reforma del art. 9.1 CE, varias enmiendas parecen aconsejables a fin de garantizar, formal y materialmente, ahora y en el futuro, la concordancia entre Constitución y Tratados:

a) El art. 95 CE debe prescribir que, para los tratados aprobados conforme al art. 93 CE, sea preceptiva la consulta al Tribunal Constitucional.

b) el art. 93 CE deberá establecer condiciones formales y materiales a la autorización parlamentaria para suscribir los tratados, por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Formalmente, deberá satisfacerse el *quorum* del art. 167 CE en las Cortes Generales. La iniciativa para un referéndum al respecto habrá de ser adoptada en los términos previstos por el mismo precepto. Ello, naturalmente, no convierte a los Tratados en normas incorporadas a la Constitución Española o que la modifican. Pero sí garantiza, en cambio, una cierta identidad de formas entre las normas que pueden modificar la Constitución y aquéllas que, mediante la atribución de competencias a la Unión Europea, abren el Derecho español a normas jurídicas que no se someten a las reglas generales, tanto formales como materiales, que, conforme a la Constitución, configuran nuestro Ordenamiento jurídico.

c) La Constitución puede establecer unos límites materiales específicos. Y, así, materialmente, se impone que, para la eficacia en España del Derecho comunitario, el compromiso del Estado requiera que aquél responda al postulado del Estado social y democrático de Derecho y condense los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, consagrados en el art. 1 CE.

Podrá pensarse que el conflicto material en tales supuestos está excluido. A mi juicio, en cambio, no sólo está el conflicto anunciado, sino que mal avisados estaríamos, si no mantuviéramos la Constitución Española en tensión tanto con el Tratado como con el Derecho derivado. La tensión entre el Derecho constitucional de los Estados–miembros y el Tratado de la Unión en el ámbito de los derechos, tiene una segunda vertiente en el *principio de homogeneidad constitucional*. Las carencias y flaquezas del Tratado afectan, en particular, a la organización de los poderes, la forma europea de gobierno y los procedimientos de producir Derecho. La *homogeneidad constitucional* impone también aquí una tensión normativa

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 25



respecto del Tratado y del Derecho derivado que, al margen de la protección de los derechos, continúan sin conformarse a las *tradiciones constitucionales* de los Estados–miembros.

La reforma constitucional del art. 93 CE tiene, así, el valor de garantía, de una producción normativa conforme a Derecho frente a un Derecho originario y un Derecho derivado que ni formal ni materialmente muestran vocación de ajustarse a la *tradición constitucional española*. De ahí, su importancia para que, de un lado, la perspectiva economicista de la garantía comunitaria de los derechos fundamentales tenga el contrapunto de un precepto constitucional que dote de fundamento para recurrir, a quienquiera que, un día, pueda sentirse lesionado en sus derechos; y, de otro, para que los poderes públicos estatales que actúan en sede de la Unión se vean vinculados por los postulados constitucionales, que los jueces y tribunales podrían invocar.

11013-026-Estado autonómico32 14/10/05 14:52 Página 26

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:53 Página 27

# KANTS SCHRIFT "ZUM EWIGEN FRIEDEN"*

**Christian Tomuschat**
*Catedrático de Derecho internacional y Derecho europeo*
*Universidad Humboldt de Berlin*

*La paz perpetua* de KANT fue escrita en tiempos azarosos. En el año 1792 comenzó la guerra interna de la coalición de Austria y Prusia, las dos potencias centroeuropeas, de la que Prusia se retiró mediante el Tratado de Paz de Basilea, del 5 de abril de 1795. No se ha sabido hasta qué extremo tales acontecimientos han podido influir en KANT; lo único seguro es que estaba bien informado sobre la guerra, la via especial por la que optó Prusia y sobre los procesos en la Francia revolucionaria. En cualquier caso, el verano de 1795 KANT dio los últimos retoques al trabajo que había estado pensando desde hacía tiempo. El 13 de agosto le ofreció el manuscrito al editor NICOLOVIUS, que lo aceptó inmediatamente. Pocas semanas más tarde, el 29 de septiembre de 1795, apareció la obra, cobrando inmediatamente gran actualidad en toda Alemania. No nos equivocamos si suponemos que habida cuenta de las locuras que acontecían al otro lado del Rhin, el público intuía en qué complicaciones bélicas podía verse involucrado y estaba ansioso por oír del famoso filósofo de Königsberg de qué modo podía asegurarse la paz no obstante las perspectivas sombrías del momento.

Pero, ¿qué es la paz? ¿Es la paz una condición de *dicha* , es decir, la *paz positiva* que como concepto descubre y ha descrito en detalle la Ciencia política de nuestro tiempo? Frente a tal planteamiento, KANT mantiene una actitud sobria. Como puede observarse en varios pasajes de su ensayo, la paz significa para él no otra cosa y nada más que la no existencia de guerra. En sus comentarios al primer artículo definitivo explica que los ciudadanos están interesados en la paz, dado que en caso de guerra sufrirían todos las miserias que lleva consigo, sobre todo, la ruina que deja la guerra tras de sí. Con ello, se expresa que se trata si bien de un fin modesto éste tiene gran valor, proteger a los hombres de la violencia que tan profundamente puede influir en su existencia. Es la violencia de extramuros que preocupa a KANT, no la guerra civil, los conflictos internos de un Estado. De esa forma, KANT se distancia de los grandes pensadores del siglo XVII, Thomas HOBBES y John LOCKE, que centraban su atención exclusivamente en el aseguramiento de la paz interna de Inglaterra. KANT va un paso más allá al concebir un sistema que puede garantizar también la paz entre los Estados.

---

* Versión en lengua española de Antonio LÓPEZ PINA.

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:53 Página 28



En la filosofía del Estado del siglo XVIII, había habido intentos previos de esbozar un Orden interestatal, que contiene la guerra en la medida de las posibilidades humanas. El Abad de Saint Pierre había precedido a KANT en 1712 con una *Mémoire pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, y pocos años más tarde desarrolló su idea originaria en tres volúmenes bajo el título de *Projet de traité pur rendre la paix perpétuelle entre les souverains chrétiens* (1713–1717). Pero su forma de pensar resultaba difícil de seguir; Saint Pierre pretendía no solamente ofrecer un marco conceptual sino también un modelo de tratado dispuesto para ser llevado a la práctica. Bajo una monarquía francesa cada dia más fuerte, se ridiculizó tales planes como ideas sin la menor expectativa de un idealista. A KANT no le sucedió nada por el estilo. Por más que la estructura de su ensayo pueda parecer el borrador de un tratado internacional, KANT se guarda mucho de descender a detalles. KANT se limita, así, a ofrecer los fundamentos de un sistema de garantía de la paz –ciertamente, enriquecido en los artículos preliminares con algunos extremos secundarios, no reducibles a un axioma fundamental y con base en la experiencia.

En el plano de la política práctica, a fines de la Primera Guerra Mundial se estaba dispuesto a plantearse una organización mundial para asegurar la paz. Lo sucedido hasta entonces sobre el fondo de la catástrofe para la Humanidad había convencido a los gobiernos, de que la paz necesita de un firme fundamento institucional y que meros arreglos políticos como el equilibrio de los poderes (*balance of power*) no se bastan para garantizar permanentemente la paz –una *paz perpetua*–. Y, así, surgió en 1919 la Sociedad de Naciones, que, después de la catástrofe aún más horrorosa de la Segunda Guerra Mundial tuvo en 1945 su continuación en la Organización de Naciones Unidas. Ciertamente, se ha asignado múltiples tareas a las Naciones Unidas. Pero su cometido principal es el aseguramiento de la paz. De ahí el comienzo del Preámbulo de la *Carta* de Naciones Unidas:

***«Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas – decididos a preservar a las futuras generaciones de los daños de la guerra, que en nuestra época ha traido dolores indecibles a la Humanidad...»***

No es fácil responder a la pregunta, de si cabe ver en el escrito de KANT una de las fuentes del actual Orden mundial. La historia de la influencia de los conceptos nunca se deja esclarecer con seguridad. Lo que se conoce es que el Presidente WILSON, que participó decisivamente en la elaboración del Tratado de la Sociedad de Naciones, conocía *La paz perpetua* y se dejó inspirar por su lectura. Pero, naturalmente, ningún documento diplomático es obra de una única persona. Lo que en cambio sí permanece es que KANT había apreciado la necesidad de garantías institucionales para el aseguramiento de la paz. En tal sentido, KANT se anticipó a la evolución política de su época, en la cual para el resto de las potencias europeas lo determinante era el inquietante poderío creciente de Francia.

KANT no fundamenta más allá la necesidad de la paz. Para él resulta evidente. La guerra significa necesariamente destrucción y muerte, y con

11027-038-Estado autonomico33 14/10/05 14:53 Página 29



ello aniquilamiento de las bases de existencia de una sociedad. Habida cuenta de las amenazas externas en un vacío de Derecho y de legalidad, no es posible una vida humana digna. Así como el Estado comporta el primer círculo defensivo, una unión de Estados para la paz supondría el segundo círculo mediante el cual se redondearía y completaría la protección. Sólo cuando dejamos atrás el estado de naturaleza, puede el hombre desplegar sus potencias espirituales y morales.

No entro a tratar las ideas de KANT tal como se suceden en su escrito. A partir del modelo de un tratado teórico de paz, KANT presenta al lector seis artículos preliminares, que, ciertamente, tienen su sentido, pero solo como complemento de la parte fundamental, los artículos definitivos, en los que está condensado el contenido esencial de su concepción.

Realmente, la introducción a sus artículos definitivos no requiere mayor fundamentación. Habla por sí misma. KANT expone (203) que la paz debe ser gestada, es decir, realizada mediante un acto consciente. Lo que vale para la relación entre los individuos, traspone KANT, con razón, a los Estados (208/209). Con otras palabras, KANT rechaza claramente la idea del equilibrio de poder, de la *balance of power*, entendida en términos puramente políticos y carente de forma institucionalizada. Una situación de seguridad solo puede traer causa de una base contractual, que simultáneamente significa la evolución del estado de naturaleza a una situación regida por la razón. Hacen falta tales contratos; KANT no cree adecuado volver sobre la doctrina de la Escuela española de Salamanca, que quería inferir determinadas obligaciones jurídicas de la unidad del género humano. KANT centra todo su discurso en la autonomía de la persona y del Estado. Desde tal perspectiva, solamente cabe la factura de un contrato como medio de configuración libre del propio destino. KANT anticipa la visión de nuestro tiempo, de que solo sobre la base de acuerdos formalizados en un contrato cabe una organización. Por más que no sea evidente que solo a partir de acuerdos puedan nacer obligaciones.

Sea como quiera, KANT da para el lector el sorprendente salto de entremedio, de esbozar la institucionalización posible del aseguramiento de la paz, plantea la condición de que en cada Estado la Constitución civil debe ser republicana (204). ¿Qué tiene que ver, podemos preguntar, la Constitución interna de los Estados con la no existencia de violencia en la relación entre Estados? KANT da un fundamento empírico (205): habida cuenta, de que en las repúblicas los ciudadanos deciden sobre la guerra o la paz, *se guardarían mucho* (206), de dejarse meter en la aventura de una guerra, dado que todos saben suficientemente, cuáles son las consecuencias de todas las guerras. Ello es completamente distinto en las monarquías absolutas, en las que el príncipe no se ve perturbado en modo alguno en sus placeres, y *puede decidir la guerra como una suerte de juego de placer por razones insignificantes* (206).

Las razones que da KANT son a primera vista convincentes, pero no agotan la explicación. La *Carta* de Naciones Unidas ha hecho de la relación entre

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:53 Página 30



política interna y exterior fundamento de la política mundial deseada en una forma mucho más amplia. Sobre todo, por razón de las experiencias de la Segunda Guerra Mundial los autores de esta Constitución de la Comunidad internacional cobraron conciencia de hasta qué extremo los procesos estatales internos podían influir en la política exterior. La dictadura de HITLER, que había cancelado en 1933 las libertades políticas de los alemanes, se volvió pocos años después contra los Estados vecinos del III Reich. De ahí que en el Preámbulo la *Carta* prevea, a efectos del aseguramiento de la paz , que hay que respetar los derechos humanos, y que hay que fomentar el progreso social y un mejor estándar de vida en libertad. Evidentemente, la garantía de los derechos humanos no es solo un medio para un fin, sino un fin en sí mismo, por más que originariamente fuera visto como instrumento para aseguramiento de la paz. Y, así, se dice en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948.

*Considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, ...*

De ahí, que podamos hablar hoy de una relación de reciprocidad. De forma diversa los Estados como sujetos del Orden jurídico internacional inciden en el mismo, sobre todo por vía de la producción de Derecho. Pero, precisamente por ser el caso, el Orden jurídico internacional intenta por su parte, penetrar hasta el Orden interno de los Estados y estructurarlo conforme a los principios del Estado de Derecho. De ahí, que el Derecho internacional actual haya dejado atrás una concepción que concebía sus reglas exclusivamente como reglas externas.

O en una imagen de libro de texto: en otro tiempo, los Estados eran describibles como bolas de billar, de estructura interna cerrada, que mantenían relaciones jurídicas con otras bolas de billar. Con la solución a esta imagen, KANT ha procurado a la generalidad la idea de que no cabe pensar la paz con independencia de sus sujetos y destinatarios. No es indiferente, que en una democracia se apruebe un tratado por una cámara representativa después de madura reflexión o que cualquier déspota coloque su firma al pie del documento. Ciertamente, el Derecho internacional no distingue a efectos de la fuerza vinculante. Pero, la fiabilidad y la persistencia, que es lo que buscaba KANT, es distinta según quién asuma la responsabilidad como parte firmante de un tratado. Adolfo HITLER suscribió y canceló tratados según la constelación política del momento, y la misma falta de escrúpulos y veleidad caracterizó la política de STALIN en la Unión Soviética. La República Federal de Alemania todavía no se ha desentendido arbitrariamente de un tratado firmado. KANT sólo esboza esta idea; podría haberle sacado mucho más partido. En cualquier caso, KANT ha cobrado conciencia, de que la observación formalista –un sujeto de Derecho internacional es igual a otro un sujeto de Derecho internacional– tiene obvios límites y que, a la postre, depende, de hasta qué extremo un tratado está arraigado entre los socios o las partes contratantes, y de si las mismas lo observan realmente.

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:53 Página 31



Hasta hoy el Derecho internacional no ha llegado al extremo, de reconocer como actores legítimos en el tráfico jurídico–internacional solamente a *Repúblicas*, es decir, a democracias de Estado de Derecho. Ciertamente, hay indicios, que apuntan en tal dirección. Y, así, se dice en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que

***Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*** y que ***La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público*** (art. 21).

Este precepto ha sido asumido y reforzado por el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En fín, hay que hacer referencia a la Resolución 55/96 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 4 de Diciembre de 2000, en la que se anima a los Estados a *fomentar y consolidar la democracia* (op. & 1), y que especifica en detalle los requisitos de un régimen democrático. Por sorprendente que pueda parecer, tal Resolución fue aprobada por 157 votos y con tan solo 16 votos en contra. Con otras palabras, incluso cuando no es posible sacar adelante una obligación jurídica mediante resoluciones de la Asamblea General y, en consecuencia, no puede juzgarse como contraria a Derecho la existencia de otras formas de gobierno, una tan inequívoca toma de posición de la Comunidad internacional significa, que la legitimidad política de regímenes no–democráticos sufre actualmente de una fuerte erosión.

Que sea cierto que los sociedades constituidas como democracias estén menos dispuestas a la guerra que los pueblos regidos autoritariamente es una cuestión abierta. Al respecto ha estallado una controversia, y, de hecho, KANT no podía fundar su tesis en datos empíricos, sino que hubo de conformarse con meras presunciones. Otfried HÖFFE llama la atención sobre el hecho, de que a raiz de la Revolución comenzó la república francesa sus conquistas en Europa; que los Estados Unidos de América se extendieron en sus primeros años hacia el Oeste y hacia el Sur y abrieron una guerra de anexión contra España; y que en forma de democracia parlamentaria nada impidió a Inglaterra dotarse de un imperio colonial. Para la época actual la doctrina dominante afirma que, si bien, democracias se involucran en guerras, no tienden a la belicosidad entre sí. Recordemos al respecto que una de las motivaciones más importantes para crear las Comunidades Europeas era la voluntad de no solamente lograr ventajas económicas sino, sobre todo, eliminar las causas de la guerra, que habían llevado a Europa de un conflicto a otro durante siglos. En tal sentido, se dice en el Tratado de Niza, la democracia es uno de los fundamentos de la Unión Europea, y un precepto semejante habrá en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Solo estará asegurada la paz entre los 25 Estados miembros, si todos están constituidos democráticamente.

Ahora, al segundo paso, de la institucionalización de la garantía de la paz en el plano jurídico-internacional, el objeto del segundo artículo definitivo. KANT se expresa así:

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:53 Página 32



### *«El Derecho internacional deberá basarse en un federalismo de Estados libres»*

KANT observa con razón que en la persecución de la idea de que la paz requiere de una *acción configuradora*, se requiere de un tratado a fin de superar el estado de naturaleza y de crear un sistema adecuado para hacer frente con éxito a la tarea planteada al mismo. En los comentarios de KANT, se observa un curioso titubeo. KANT plantea tres hipótesis. Según la primera posibilidad, los Estados acordarían entre sí tratados convencionales de Derecho internacional. Ello resulta decididamente para KANT demasiado poco, dado que el tratado de Derecho internacional *común* es poco de fiar. Frente a él, KANT plantea el Estado de los pueblos (*Völkerstaat*) (212), una confederación de todos los Estados en forma de Estado mundial, que estaría dotado de poder legislativo y de facultades vinculantes frente a los propios miembros (211). En tal *Estado de los pueblos* (*Völkerstaat*), KANT ve grandes ventajas; sobre todo, cree que podría ser muy eficaz. Pero, al final, acaba rechazando tal construcción. Sencillamente, la realidad dice que los *pueblos* no querrán formar tal Estado (212). KANT añade otras dos razones para tal tesis, que requieren continuar nuestra reflexión.

Por un lado, KANT piensa que en un *Estado de los pueblos* (*Völkerstaat*), los *pueblos se amalgamarían* (209); de esa forma, perderían su propia identidad, lo que KANT considera una pérdida de sustancia. Curiosamente, KANT olvida las experiencias hechas en Alemania con el federalismo. El Sacro Imperio Romano-Germánico estaba entonces en sus últimos estertores. Pero, había sido un régimen, que, había asumido hacia el exterior la tarea del aseguramiento de la paz. El viejo Reich nunca trató de homogeneizar sus distintas partes. Sus distintos miembros pudieron desarrollarse libremente, y solamente tenían una obligación, por demás general, de lealtad frente a la federación. Desde los Tratados de Münster y Osnabrück (1648), incluso estaba permitido a los miembros del Reich, concertar tratados con Estados extranjeros, con la única reserva de que no podían ir dirigidos contra el Reich. En consecuencia, no es cierto –tampoco desde la perspectiva de entonces– que la creación de un poder sobre los Estados condujera automáticamente a una mixtura de las distintas partes de la población. En lo que KANT estaba pensando y que él rechaza era una fórmula radical, es decir, la creación de un Estado federal dotado de competencias plenas en el plano superior. Volveremos sobre ello.

Lo que KANT teme, en segundo lugar, es que un *Estado de los pueblos* (*Völkerstaat*) pudiera acabar en despotismo, dado que tal concentración de poder debía derivar en abuso de poder (225). Tal temor está justificado. En semejante Estado mundial (*Weltstaat*) los pequeños Estados serían los perdedores. Hasta hoy no se ha podido formar un tal gobierno mundial. Ciertamente, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha contabilizado decisivas extensiones territoriales desde el fin del antagonismo Este–Oeste. Sin embargo, sus facultades son limitadas –exclusivamente para cuestiones de la paz mundial y de la seguridad internacio-

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:53 Página 33



nal–, y en tal sentido se nos aparece como una institución por demás frágil, dado que en todo momento el veto de un miembro permanente del Consejo puede paralizar su actividad.

Descartado el *Estado de los pueblos* (*Völkerstaat*), que poco antes había considerado digno de propósito –en el escrito, *Über den Gemeinspruch:Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (172), KANT tiene que conformarse con una solución intermedia, no muy distinta de las construcciones convencionales de Derecho internacional. Él denomina tal alianza *federación de pueblos* (*Völkerbund*) o *federación de paz* (*Friedensbund*) (209, 211). Debe caracterizarse por no proponerse finalizar una guerra que ya haya estallado, sino que debe prevenir el propio estallido de cualquier guerra (211). Esta *federación* no deberá estar subordinada a poder supremo alguno. Su efectividad deberá depender solamente de la razón de todos los participantes (212) –lo que solamente es concebible en la relación entre Estados constituidos como repúblicas. KANT es consciente, de que tal formación sin competencias, es decir una pura red de acuerdos mutuos, es solo una solución de segundo rango, y que no tendrá capacidad para impedir a medioplazo el despliegue de la agresividad de algunos Estados (213). De ahí que KANT mismo hable de un *sucedáneo negativo* (213) –con lo que descalifica de alguna manera su propia propuesta–.

Aquí constatamos un déficit en el pensamiento de KANT. Y podemos preguntarnos, si el escrito *La paz perpetua* no será el producto intelectual de un estudioso de torre de marfil, no familiarizado con la práctica política y diplomática de su tiempo. Ciertamente, el desarrollo del Derecho internacional en tiempos de KANT estaba marcado por la idea de soberanía, fundada en la paz de Münster y Osnabrück. Concepciones que 150 años después cobraron forma en las Naciones Unidas y en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero como primera figura de la integración europea, estaban en la época de KANT en la práctica política fuera de la órbita de todos los actores. En cualquier caso, las grandes potencias desconfiaban entre sí. Se aprovecharon de cualquier vacilación de las relaciones de poder. Una auténtica cooperación no la había, no eran necesarios ni siquiera por razones objetivas proyectos comunes, porque, cualesquiera que fueran las tareas del Estado, podían ser satisfechas en las lindes del propio territorio, en su gran parte incluso en los pequeños Estados de Turingia. El Estadosoberano era no solamente una concepción teórica, sino una realidad firme –al margen de la continua amenaza exterior–. De ahí que no debamos admirarnos, de que KANT tuviera una idea un tanto menesterosa de lo que pudiera ser considerado como susceptible de realización. El Estado era todo, tambien el modelo dominante del pensamiento.

Pero, existía, por otra parte, el Sacro Imperio Romano-Germánico. No deja de ser curioso, que KANT no hiciera referencia alguna, ni siquiera implícitamente, a tal forma de gobierno. Ciertamente, KANT prescinde de toda suerte de referencias históricas o políticas concretas. En todo el es-

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:54 Página 34



crito no hay una sola mención de un año, ni referencia alguna a procesos en el espacio europeo. Pero indirectamente remite a ciertas realidades, lo que solamente sobre el fondo de acontecimientos concretos puede comprenderse. Y, así, podía KANT a ejemplo del viejo Reich haber mostrado –y haber cobrado conciencia para sí mismo–, que es compatible con la libertad de los Estados soberanos, crear, para determinadas tareas comunes, instituciones a nivel supranacional. Es inconcebible que KANT se viera a sí mismo forzado a la alternativa de, bien, apostar por un *Estado de los pueblos* (*Völkerstaat*) –es decir, por un Estado dotado de plenas competencias soberanas, que perjudicara duraderamente a los Estados –miembros– o una *federación* (*Bund*), que tiene de *federación* solamente el nombre, dado que carece de instituciones comunes. Cabe explicarse tal ignorancia del viejo Reich por KANT con la hipótesis de que, desde 1648, el Reich se había visto tan debilitado mediante el reconocimiento de la soberanía de sus distintos Estados, que fue incapaz de organizar eficazmente la defensa del territorio alemán. Y, así, no fue capaz de oponer seria resistencia a la invasión por Francia de los territorios del área izquierda del Rhin. Precisamente la paz de Basilea, del año 1795, era una prueba más de su debilidad: mediante un Tratado de paz separado, Prusia renunció a todos sus territorios a la izquierda del Rhin, a favor de Francia. De ahí que bien pudiera ser que, a los ojos de KANT, el Reich se hubiera desacreditado como *defensor de la paz*.

Por cierto, que para KANT también tenía un alto valor la individualidad de los *pueblos*. KANT hace referencia, así, especialmente a la diversidad de lenguas y de religiones (225), que ve amenazadas por una unión de Estados que fuera más allá de una mera federación. Al respecto vale lo que ya ha sido subrayado: una formación de Estados con potestad de coerción o con potestades soberanas, que reside por encima de los Estados, no tiene necesariamente que afectar a la especial identidad de los *pueblos*, tal como acabamos de ver de la experiencia de siglos del Sacro Imperio Romano-Germánico.

Echemos todavía un vistazo al tercer artículo definitivo, que reza:

*El derecho civil mundial debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad general*

En este precepto, el lector de KANT encontrará dificil acceso al tema general de la paz del escrito. ¿Cómo atribuir importancia a la tesis de que el extraño disponga solamente de un derecho de visita, pero en modo alguno un derecho de residente? Se puede ver indirectamente una garantía de la paz –como quiere KANT– en la regla, de que ningún extraño deberá ser tratado como enemigo, dado que desmesura en el trato puede dar lugar a tensiones que pudieran desembocar en violencia. Pero hay algo distinto que cobra mayor fuerza en la glosa del tercer artículo definitivo. Lo que aquí se articula es la crítica de KANT a la política colonial de los Estados europeos. KANT se lamenta de hasta qué drástico extremo han penetrado *hasta el extremo del horror* (214) en los países

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:54 Página 35



descubiertos por ellos. Como ejemplos negativos menciona *America, los paises africanos, las Islas de las especias, El Cabo*. KANT critica que los conquistadores europeos hubieran despreciado –*de ningún valor*– las formas de gobierno que encontraron a su llegada. La memoria de los internacionalistas recordará al leer este pasaje, el Dictamen del Tribunal Internacional, de 1975, sobre el Sahara Occidental, en el que los Jueces de La Haya constataron que en el Sahara Occidental habia, previamente a su colonización, ciertas estructuras gubernamentales que no se debía haber considerado, sin más, como una nulidad institucional. KANT se sentía libre para criticar a las potencias coloniales, en la medida en que, en su época, Prusia estaba dedicada a extenderse territorialmente en Europa central, y dado que por razones estrictamente financieras no podía participar en la carrera de colonización del resto de la tierra. No había, pues, riesgo para KANT, de que su Rey pudiera llamarlo al orden, por hablar con claridad al respecto, incluso con mención de casos concretos.

Este pasaje es digno de especial atención, por mostrar que KANT tomaba en serio, el principio de la igualdad de derechos, contenido en el concepto de Derecho civil mundial. Para KANT, los habitantes de los *paises africanos*, indios, pueblos chino y japonés, tenían el mismo derecho que los europeos a ser respetados. KANT se mantiene aquí fiel a la idea de una unión o federación mundial para el aseguramiento de la paz. No es por azar, que se contenga en este pasaje la idea de un Derecho civil mundial como *complemento necesario... a los derechos humanos tanto del Derecho estatal como del Derecho internacional*. Ciertamente, es excesivo ver en el pasaje una anticipación del Derecho internacional de los refugiados. KANT rechaza el derecho de residencia, está contra que se garantice un derecho a residencia permanente. Su concepción responde a la idea, más bien, de que cada sociedad debe tener iguales derechos –lo que significa implícitamente, que cada sociedad es responsable de regular sus propios asuntos. *Quisquid dominus in terra sua*– ello nada tiene que ver con el principio de solidaridad internacional, que KANT no llega a plantear.

Una consecuencia del respeto que se debe a las decisiones de cada *pueblo*, es la prohibición de toda injerencia, que KANT postula en su quinto artículo preliminar. Allí se habla de *injerencia violenta*, que hoy dia tratamos bajo la rúbrica de la prohibición jurídico–internacional de la acción bélica. Dado que la literalidad del texto es clara, debería dejarselo ahí y no especular sobre si KANT se habría manifestado en las actuales circunstancias contra las presiones económicas (Hackel, S. 41).

También aquí se mantiene KANT fiel a su divisa, de no manifestarse respecto de acontecimientos concretos. En la doctrina se asume generalmente que KANT apunta y condena la guerra de la coalición contra la Francia revolucionaria, porque no es asunto de terceros Estados entrometerse en los contenciosos constitucionales de un país. También se ha especulado, sobre si KANT habría simultáneamente condenado la intervención francesa en los Países Bajos, la actual Bélgica (Saner,S. 57; Gerhard, S. 63). Cier-

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:54 Página 36



tamente, KANT no se mordía la lengua por razones políticas. Para KANT, la soberanía –y con ella el derecho de autodeterminación del pueblo de que se trate– era un bien jurídico, al margen de consideraciones de oportunidad de cada momento. De ahí que haya razones para pensar que, no obstante las simpatías de KANT para la Revolución Francesa, no le parecieran bien sus proyectos y acciones imperialistas de poder. Tampoco tiene mucho sentido para llegar a claros resultados una reflexión póstuma. Lo cierto es que KANT rechaza cualquier suerte de intervención violenta en los asuntos de otro país.

Echemos ahora una mirada al resto de artículos preliminares para terminar.

El primer artículo preliminar reza:

*No es válida la firma de la paz para quién la suscribe con la reserva secreta de una guerra futura*

El texto habla expresamente de una *reserva secreta*. En la idea de KANT, mediante un tratado de paz, y naturalmente por via de un tratado para una Unión de Estados para la paz, habría que *destruir* todas las posibles causas de una guerra futura hasta el extremo, de que ni siquiera el más sutil arte jurídico pudiera volverlas a la vida. Con este comentario el artículo cobra una significativa ampliación. Si un tratado de paz que responde al fin de asegurar la paz ha de tener efectos duraderos, debe también ser justo –dicho de otra forma: no puede ser evidentemente injusto–. Se ha trazado así conexiones con el Tratado de Versalles, que era evidentemente injusto, para empezar por la forma en que fue gestado, porque no se dio al Reich alemán posibilidad alguna de negociación sino que lo colocó ante el dilema de *Vogel friss oder stirb!* El texto fue presentado a la Delegación alemana con la amenaza, de que, si no era firmado, se reanudaría la guerra contra Alemania y se ocuparía el territorio alemán.

Queda también fuera del alcance de KANT, la cuestión de la indemnización por pérdidas y la cuestión de la sanción para los desencadenadores de la agresión bélica y la comisión de crímenes de guerra. También aquí hay que extrapolar para reconocer las intenciones de KANT. Para KANT, el tratado de paz debía producir realmente la paz. Ello es incompatible con cualquier régimen especial de discriminación permanente contra el vencido. Pero KANT no se planteó todo el complejo problema de la sanción y la amnistía; *La paz perpetua* no da respuesta a tales problemas.

En el segundo artículo preliminar se plantea KANT la adquisición de territorio estatal mediante *herencia*, trueque, compraventa u obsequio. Hoy dia ya no se dan tales reliquias de la época de las monarquías. La expresión *Tu felix Austria nube* ha desaparecido en el polvo de la Historia. Sin embargo, el artículo no ha pasado a ser obsoleto, precisamente por reflejar la concepción kantiana del Estado. KANT escribe literalmente, que el Estado es *una sociedad de hombres sobre la que nadie sino ella misma puede mandar y disponer*. Con esta definición, KANT logra una unidad feliz de soberanía y derecho de autodeterminación. La definición convencional de

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:54 Página 37



Derecho internacional no es falsa, dado que con la tríada –territorio, pueblo, poder estatal– hace referencia a las necesidades de estabilidad exterior. Pero el segundo elemento, el pueblo (*Staatsvolk*) se ve en la relación capitidisminuido. En la definición kantiana se aprecia que el Estado es creación de sus ciudadanos, una estructura o instrumento, con el que aquéllos se colocan a sí mismos en situación de resolver sus propios asuntos. Desde tal perspectiva es evidente que no cabe sacar, mediante negocios de Derecho privado, a personas del Estado que ellas mismas han configurado, y llevarlos y traerlos como si se tratara de una estación de ferrocarril de maniobras. Con el tema de *la paz perpetua*, el problema está inherentemente conectado, dado que en el marco de los tratrados clásicos de paz se disponía con frecuencia sobre territorios. En el siglo XVIII, las guerras de conquista de Federico II, El Grande, habían hecho de Prusia una gran potencia. De ahí que, para KANT, expresarse críticamente, como lo hace en el artículo preliminar, no estaba libre de riesgos, dado que podía ser reputado de desleal con el Estado y su Gobierno.

Lo propio es el caso del tercer artículo preliminar, en el que se pronuncia contra los ejércitos permanentes, dado que comportan un peligro de guerra. En la época de KANT, Prusia mantenía uno de los mayores ejércitos de Europa; en ninguna parte había tanto soldado por cabeza de la población. Pero no debemos malentender a KANT. KANT no apuesta por el puro pacifismo. KANT aprueba expresamente *los ejercicios voluntarios periódicos de ciudadanos en armas*; lo que significa que KANT está de acuerdo con el derecho de cada Estado a defenderse. A su juicio, la acumulación de recursos financieros para la guerra supone un riesgo de guerra. Tal planteamiento no ha encontrado traducción en el actual Derecho internacional –salvo que se quiera pensar en las resoluciones sobre embargo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad ha hecho un uso de en caso de conflictos armados imponer no solamente un embargo de armamento sino según el caso bloquear asimismo el tráfico económico. Permítaseme hacer referencia al Acuerdo sobre Eliminación de la financiación del Terrorismo, que está dirigido sólo contra particulares– con base en tal acuerdo y en la Resolución paralela 1371 del Consejo de Seguridad, pueden secuestrarse recursos financieros cuando existe el peligro de que sean empleados al servicio de fines terroristas.

Finalmente, una palabra sobre el artículo preliminar 6, dirigido contra determinados medios bélicos –como el crimen alevoso o el empleo de veneno– *que hagan perder la confianza en futuras situaciones de paz*. El moderno Derecho de la guerra (Derecho humanitario) ha desarrollado y perfeccionado esta relación. Aquí hay un punto de apoyo para la persecución jurídico–penal. KANT no piensa en la sanción a individuos, sino que quiere tan solo privar a los Estados, en cuanto partes beligerantes, de determinados medios bélicos que *no deben ser sencillamente permitidos* (200).

En su conjunto, los artículos preliminares –a excepción del artículo 5– ofrecen una gavilla de ideas y ocurrencias, todas en relación con la guerra y

11027-038-Estado autonómico33 14/10/05 14:54 Página 38



la paz, pero que contienen regulaciones más bien parciales, que no hay que asociar necesariamente con la gran concepción. KANT se ha dejado aquí llevar por conocimientos empíricos, con los que estaba familiarizado de su lectura de noticiarios y artículos. Así, se entiende, que el propio KANT distinga entre *leges strictae*, a aplicar inmediatamente, y otras reglas, que deben ser llevadas a la práctica solo poco a poco (201). *More geometrico* no se deja derivar ninguno de los artículos preliminares de las premisas fundamentales de la gran construcción de *La paz perpetua*.

Desde la perspectiva del Derecho internacional, es dificil no criticar la concepción de KANT. El ensayo responde a un planteamiento estático. KANT es certero al mostrar determinados fundamentos organizativos de un sistema de paz, pero nada nos dice sobre las leyes de funcionamiento de este sistema; cuando es evidente que la creación de una federación de pueblos o de paz no puede ser la última etapa. Con la incorporación a una tal unión, no termina la vida. De ahí que deba haber para los participantes determinados mecanismos compensatorios, procedimientos de arbitraje para la conciliación de conflictos, que permitan resolver pacíficamente controversias. En tal sentido, KANT nos ha ofrecido una unión para la paz menesterosamente dotada. El lector de *La paz perpetua* encontrará algunas observaciones sobre la naturaleza (217 ff.),que puede volver las cosas a su orden originario, así como sobre la influencia pacificadora del espíritu comercial (226). Pero se trata de factores, en los que no puede confiarse, precisamente cuando se trata, como afirma el propio KANT, de que tambien en las relaciones interestatales debe uno adherirse en una situación interna constituida conforme a Derecho. En general, el lector que se haya prometido una cierta inspiración de la palabra *federalismo* saldrá decepcionado.

Dos resultados parecen dignos de mención. En primer lugar, hay que mencionar la constatación, de que el Derecho internacional no puede ser comprendido con independencia de sus sujetos. Sólo cabe asegurar determinados contenidos en el plano jurídico-internacional, cuando tienen validez en el plano estatal los mismos valores. Con los ingleses podemos decir, *Peace begins at home*. Un pueblo que se haya constituido como Democracia y Estado de Derecho presionará para que imperen los mismos principios estructurales en el Derecho internacional –una ecuación que no sirve para todos los Estados, sobre todo no para aquellos que sólo consideran las relaciones internacionales como un ring para la lucha y que diferencian conscientemente entre situación interna y política exterior–.

La segunda aportación de KANT es que hay que organizar la paz, y que ésta no surge por generación espontánea. Sin embargo, las propuestas de KANT son demasiado titubeantes. Sobre todo, el legado federal del Sacro Imperio Romano-Germánico no ha merecido en KANT consideración alguna.

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 39

# EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS EN TIEMPO DE REFORMAS

**José Antonio Portero Molina**
*Catedrático Derecho Constitucional*
*Universidad de La Coruña*

## I. INTRODUCCIÓN

Las elecciones generales del pasado 14 de marzo de 2004 han abierto la puerta a un proceso de reformas del Estado de las Autonomías. No se trata ya de reformas estatutarias como las que en distintos momentos se han producido a lo largo de veinticinco años, sino de reformas que, al menos en los Estatutos de algunas comunidades Autónomas, parece que serán de mayor alcance, y de reformas de la Constitución, de momento sólo señaladas pero no concretadas por el Gobierno, que afectarían, con distinta intensidad, al modelo territorial de Estado, diseñado en sus líneas maestras en la Constitución y desarrollado en los Estatutos vigentes. El proceso arranca del impulso propiciado por el cambio de Gobierno y por la propia correlación de fuerzas que las elecciones impusieron en las Cortes Generales, al dejar al gobierno socialista sin la mayoría absoluta y necesitado del apoyo de la Esquerra Republicana de Cataluña, una fuerza nacionalista y, más exactamente, independentista. Pero hay más. Los resultados de las elecciones autonómicas de Cataluña, en noviembre de 2003, y la formación en esa Comunidad de un gobierno tripartito del PSC, ERC e IC-Els Verts, duplican la fuerza de aquel impulso que se transforma así en una exigencia de reforma del Estatuto catalán que el gobierno central habrá de afrontar. Asimismo, la reforma del Estatuto vasco, el llamado *Plan Ibarreche,* se presenta como una propuesta de gran calado que, cuando termino de escribir estas páginas, ha cumplido ya con éxito el primer y relevante paso de su andadura procedimental, al haber sido aprobado por el Parlamento de Vitoria y encontrarse, ya, a las puertas del Congreso de los Diputados. Otras propuestas de reformas estatutarias, en Cataluña, Andalucía, en Valencia o Galicia se encuentran en fases distintas de discusión y elaboración.

En cuanto a la reforma constitucional, todavía en sus inicios, son públicas las posiciones del gobierno que ha delimitado sus propuestas, aunque, eso sí, con un alto grado de imprecisión en estos momentos. Y, también inicialmente, el primer partido de la oposición ha hecho públicas las suyas, coincidentes con las que sostuvo cuando estaba en el gobierno, expresando su rechazo a dichas reformas constitucionales por entenderlas, en parte, innecesarias para el buen funcionamiento del Estado Autonó-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 40



mico, y en parte por interpretar que no se dan las circunstancias políticas favorables para abrir el proceso de reformas.

Estamos, pues, en tiempos de reformas del Estado de las Autonomías. Unas reformas, las estatutarias y las constitucionales que, en términos generales, me atrevo a calificar de jurídicamente prescindibles, lo que no quita para que, al mismo tiempo, pudieran, algunas de ellas y a la espera de su concreción, contribuir a mejorar algunos aspectos no sustanciales, por eso lo de prescindibles, del modelo autonómico, sea porque lo adecuarían a la realidad, obviamente cambiante por razones internas y externas al propio Estado, sea porque contribuirían a una mejor ordenación formal del conjunto del ordenamiento jurídico compuesto estatal. En todo caso, sí que parecen políticamente inevitables, algunas de ellas.

Se ha dicho a menudo que la Constitución, que sí contiene e impone todos los elementos propios de un Estado democrático y social de derecho, no impone el Estado de las Autonomías, aunque contiene los principios que lo inspiran, las reglas que delimitaban el procedimiento y los ritmos a seguir para constituirlo, otras que prefiguraban su organización institucional, otras que ofertaban su posible contenido de poder y otras, en fin, que hacían predecibles los modos de funcionamiento y articulación de dicho Estado. En un ejercicio de pura especulación es cierto que puede decirse que, a falta de voluntad política, el Estado de las Autonomías podría no haber nacido sin que ello hubiera entrañado vulneración alguna de la letra de la Constitución que no lo impone, aunque ello sí hubiera supuesto que, en efecto, quedara en nada uno de sus componentes estructurales que, porque la hacen inconfundible y expresan una de las decisiones fundamentales del poder constituyente, convierte en irreformable, en su significado más profundo, al artículo 2. Pero ese ejercicio de especulación solo podría explicarse desde el absoluto desconocimiento de la historia política española y de la realidad también política del momento constituyente. Ninguna especulación constituye, en cambio, la afirmación de que el diseño o proyecto de Estado de las Autonomías que los constituyentes tuvieron en su mente estaba encaminado a configurar dos clases de Comunidades, con diferentes niveles de autogobierno. Pero es evidente que aquel diseño muy poco tiene que ver con la que hoy es la realidad consolidada de un Estado Autonómico, presidido por los principios de unidad, diversidad, solidaridad e igualdad sustancial de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas.

Los constituyentes de 1978, elegidos en junio de 1977, sabían bien que una de las tareas capitales de aquel momento era la de dar una respuesta eficaz y, a poder ser, definitiva, a la antigua y pujante reivindicación de autogobierno planteada por importantes fuerzas políticas en Cataluña y el País Vasco con gran intensidad, y en Galicia y otros territorios de modo menos acuciante. La autonomía política se percibía pues, como una respuesta a una reivindicación histórica capaz de desplegarse con un alto potencial conflictivo. Y al mismo tiempo aparecía como una técnica de

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 41



organización y distribución del poder estatal más apta para responder a las necesidades de una sociedad industrial, compleja y moderna, que las técnicas propias del modelo centralista de Estado sobradamente experimentado en España, especialmente durante el franquismo. Estas dos dimensiones de la descentralización, la política y la técnica, se aunaban en el Estado de las Autonomías que, sin esa denominación, ni ninguna otra, venía a prefigurar la Constitución porque, aún no imponiéndolo, sabían los constituyentes que ningún Estado constitucional democrático sería viable en España si no era, al mismo tiempo, un Estado políticamente descentralizado. Buena prueba de ello fueron los Decretos preconstitucionales que establecieron los regímenes preautonómicos, porque vinieron a constatar que el proceso constituyente de 1978 viajaba en un carruaje con enganche de dos caballos, no en tronco sino a la limonera y por ese orden, la democracia y la autonomía, que, irremediablemente, habían de tener su imprescindible reconocimiento en el texto constitucional como componentes estructurales del Estado. Imprescindible sí, pero desigual en el punto de partida porque, mientras el Estado democrático de las libertades, la división de poderes y el imperio de la ley quedaban bien configurados y anclados en la Constitución, el Estado de las Autonomías figuraba como proyecto, altamente probable eso sí, pero tan difuso y abierto que su dependencia de la voluntad política ha sido evidente hasta fechas recientes, cuando el proceso de su construcción ha podido darse por finalizado. Veinticinco años después, el Estado de las Autonomías es, a mi juicio, una realidad estatal terminada, porque sus componentes fundamentales tienen plena existencia jurídica y porque el potencial de autogobierno que el modelo alberga se encuentra ya desplegado en sus contenidos más relevantes, sin que los que aún pudieran quedar por desenvolverse tengan un carácter tan esencial como para sostener, como algunas opiniones pretenden, que el edificio estatal sigue sin terminar; y mucho menos aún porque, como sostienen otros, los Estados descentralizados sean, por su propia naturaleza, un proceso interminable y no una realidad que pudiera darse algún día por enteramente construida. El Estado de las Autonomías, desde su diseño constitucional, no tiene, por lo que hace a la articulación de sus miembros con el Estado o a su interna institucionalización, o a la asunción de las competencias constitucionalmente previstas, ninguna carencia relevante que le impida un funcionamiento correcto. Quiero con esto decir que las innovaciones constitucionales, vía reforma o vía mutación, que pudieran producirse en materia de Comunidades Autónomas, no serían la respuesta inexcusable a una carencia insoportable de ese Estado descentralizado, sino manifestaciones normales y propias del carácter abierto de toda norma constitucional, también de las Constituciones de los Estados centralizados. Desde esa perspectiva, no puedo compartir la posición de quienes sostienen que el Estado de las Autonomías no está, en cuanto a su articulación territorial y a la distribución del poder, cerrado o definido, de modo que, por ser esencialmente un modelo abierto o indefinido, algún día podría llegar a

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 42



ser cualquier otra cosa, sin cambiar su Constitución esencial. El Estado de las Autonomías ni es, al cabo de un proceso complejo de definiciones, un modelo indefinido ni está ilimitadamente abierto, sino que posee en su Constitución límites materiales y formales.

## II. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

De lo dicho puede deducirse que de la sola lectura de la Constitución difícilmente podría alguien extraer un conocimiento aproximado de lo que es, en la actualidad, el Estado de las Autonomías. Y es que ni los constituyentes más imaginativos hubieran acertado a pronosticar el desarrollo que ese Estado ha alcanzado al cumplirse el vigésimo sexto aniversario de la aprobación de la Constitución y el vigésimo segundo de la aprobación del último de los Estatutos de una Comunidad Autónoma.

Una primera característica, desde un punto de vista estrictamente descriptivo, del proceso de construcción del Estado de las Autonomías es que fue, desde sus comienzos, y lo ha seguido siendo en su desarrollo, un proceso que ha discurrido a un ritmo vertiginoso. En efecto, téngase en cuenta que, habiéndose celebrado las elecciones constituyentes en junio de 1977, se inició en septiembre del mismo año y culminó antes de la aprobación de la Constitución en diciembre de 1978, la aprobación de los Decretos que establecieron un régimen de Preautonomía en la mayoría de las futuras CCAA. Y que un año después, en diciembre de 1979, daba comienzo la aprobación de los Estatutos de Autonomía con la Leyes Orgánicas 3/79 y 4/79 de 18 de diciembre del Estatuto de Autonomía de País Vasco y del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El proceso continuaría con la aprobación de los Estatutos de Galicia, Andalucía, Asturias y Cantabria en 1981, de La Rioja, Murcia, Valencia, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias y Navarra en 1982, y de Extremadura, Baleares, Madrid, Castilla-León en 1983, quedando ya muy distante la aprobación de los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla en 1995. En suma un proceso puesto en marcha de modo urgente y de modo urgente desarrollado a un acelerado ritmo de acuerdos políticos, actuaciones jurídicas de toda naturaleza y sentencias del Tribunal Constitucional. Y todo ello al mismo tiempo que se iniciaban otros procesos de enorme dificultad y trascendencia como el propio desarrollo del Estado constitucional o la integración en Europa. Si de la pura descripción pasamos ahora a la valoración de esa celeridad en transformar un Estado fuertemente centralizado en otro profundamente descentralizado, no parece discutible la afirmación de que el proceso de construcción del Estado de las Autonomías ha puesto de manifiesto una clara y urgente voluntad descentralizadora en todas las partes implicadas.

Una segunda característica, sin abandonar la perspectiva descriptiva, ha sido la de la enorme complejidad jurídica del proceso. El despliegue de los

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 43



saberes jurídico-públicos y la actividad de los operadores tanto públicos como privados ha sido relevantísimo y, en la cúspide de todo el proceso, la tarea del Tribunal Constitucional ha sido, a más de ingente, decisiva.

Pero cambiando ahora la perspectiva solo descriptiva y adoptando un punto de vista valorativo la caracterización del proceso se ajusta, a mi modo de ver, a los siguientes rasgos.

Ha sido un proceso eminentemente democrático tanto por lo que respecta al fondo como por lo que hace a las formas y al ritmo seguido. Lo primero significa que el Estado de las Autonomías es una decisión tomada por el titular, único y legítimo, del poder constituyente, por el soberano, por el pueblo español, en el mismo momento en el que aprueba la Constitución. No se trata de una expresión de valor sólo retórico, sino de la identificación indubitada del sujeto cuya voluntad está en el origen del Estado de las Autonomías y que, en consecuencia, tiene el derecho superior al de otros sujetos o poderes constituidos, a pronunciarse sobre las pretensiones de alteración profunda de esa voluntad. Más concretamente, la existencia de ese sujeto constituyente y titular de la soberanía, a cuya voluntad se debe el Estado Autonómico y al que, como digo, corresponde pronunciarse de modo definitivo sobre cualquier propuesta de alteración profunda de ese Estado, excluye la posibilidad de sustraerle esa decisión final y de trasladarla a las CCAA, como si el Estado constitucional autonómico hubiera sido el producto de un pacto entre territorios soberanos. De ahí que las tentativas de reconocer el derecho de una fracción del soberano, como hace el Plan Ibarreche con el pueblo vasco, a pronunciarse con eficacia suprema sobre la integridad del territorio del Estado y sobre la posición jurídica de una fracción de ese mismo Estado suponen, porque ignoran al único y legítimo sujeto constituyente, una destrucción de la Ley Suprema porque desborda los límites materiales implícitos de la reforma constitucional.

Y lo segundo, porque no sólo estuvo la voluntad del poder constituyente impulsando y legitimando democráticamente en su origen todo este proceso descentralizador, sino que, por medio de sus representantes democráticos y expresándose por medio de la regla de las mayorías de modo constante, también se debe afirmar que todo el proceso de construcción del Estado de las Autonomías ha sido posible porque el soberano lo ha querido, prestando su conformidad a los dos grandes partidos políticos de ámbito estatal que, desde las elecciones de 1979 hasta hoy, lo han venido representando mayoritariamente como lo prueba el haber obtenido siempre el respaldo de más del ochenta por ciento del electorado. Dicho de otro modo, el soberano ha apoyado con formas democráticas el ritmo de construcción del Estado de las Autonomías para que todo se haya desarrollado tal y como lo hemos conocido.

Dando un paso más en la concreción de este carácter democrático del proceso, calificarlo de consensuado no sería sino reconocer una eviden-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 44



cia. Y eso en un doble sentido. Primero porque buena parte y, desde luego, la parte más importante, de toda la voluntad política y la actividad jurídica que ha comportado la descentralización política ha descansado en el acuerdo entre aquellas dos fuerzas políticas, bastando para frustrar u obstaculizar el proceso, con que una de las dos no hubiera querido continuarlo. En ese sentido, no debe confundirse la tensión entre las partes implicadas, propia de un semejante proceso de profunda transformación del Estado y materializada en la conflictividad que ha obligado a la decisiva e ininterrumpida intervención del Tribunal Constitucional, con una clara voluntad de paralizar el proceso de construcción que, de haber existido realmente en cualquiera de las dos grandes fuerzas y no digamos si en ambas, hubiera resultado determinante. Los acuerdos autonómicos de julio de 1981 y los posteriores de 1992 son la mejor prueba, entre otras muchas, de lo que acabo de decir. Y segundo porque al acuerdo se han sumado, obviamente en medio de la tensión propia del modelo de Estado que se construía y con intensidad distinta, los partidos nacionalistas democráticos y regionalistas, sin dejar, por ello, de ser leales a sus respectivos discursos ideológicos.

Un segundo rasgo del proceso, indesvinculable del anterior, ha sido la progresiva e irreversible apropiación que la sociedad ha hecho de este nuevo modelo de organización de la convivencia política democrática. Además de los actores políticos propiamente dichos, los partidos y las instituciones protagonistas, Parlamentos y Gobiernos autonómicos principalmente, es evidente que la construcción del autogobierno ha contado con la activa participación de sujetos colectivos fundamentales en toda sociedad. Las Universidades, los medios de comunicación, los círculos de la cultura, los denominados agentes sociales, entre otros, han contribuído, mayoritaria y decisivamente, al crecimiento del respaldo que las Autonomías han llegado a alcanzar entre la ciudadanía. Es un hecho que los estudios de opinión han ido evidenciando de modo irrebatible a lo largo de estos años, que la valoración positiva que los ciudadanos han hecho de las Comunidades Autónomas ha ido de menos a más. Si en los comienzos del proceso pudieron constatarse actitudes diferentes, de mayor apoyo en el País Vasco, Cataluña o Andalucía y de una real indiferencia en el caso de Galicia, fácilmente comprobables en los resultados de los respectivos referenda de ratificación de los Estatutos o si, también en los comienzos, eran frecuentes las críticas por el aumento del gasto o la duplicación de servicios y organismos estatales, es igualmente cierto que al cabo de algún tiempo, los ciudadanos han terminado por asumir el hecho autonómico hasta el punto de considerar inaceptable cualquier tratamiento hacia su Comunidad que perciban como discriminatorio o, simplemente, desconsiderado. Hay ya, cuando menos, una generación de españoles nacidos tras la aprobación de los Estatutos de Autonomía para los que su educación, su sanidad y su mercado de trabajo depende, o así lo perciben, de los poderes públicos autonómicos. Y las generaciones que asistieron, escépticas o entusiastas, a los comienzos

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 45



del proceso han terminado, finalmente, por prestar su conformidad a un sistema de autogobierno que hace veinticinco años era inimaginable.

Pero este poderoso efecto de arraigo social o de apropiación por la sociedad de la realidad política, cultural y social que es la Comunidad Autónoma, no se explicaría satisfactoriamente sin una referencia a la activa labor de promoción que desde los poderes públicos autonómicos, han recibido algunos de los variados elementos que contribuyen a fortalecer lo que Smend, en 1928, denominó integración y calificó de «sustancia nuclear del Estado» en la que radica el eje de lo estatal en el ámbito de la realidad. Un concepto, el de integración, que mereció las más duras críticas por parte de Kelsen y que valió a su formulador acusaciones, no compartidas por muchos autores, de cierta proximidad con las construcciones teóricas del fascismo, por sus connotaciones irracionalistas. En este sentido, el énfasis puesto en el redescubrimiento y fortalecimiento de no pocos rasgos identitarios, de carácter histórico, cultural o simbólicos, encaminados a resaltar la existencia de comunidades o grupos distintos dentro de la común ciudadanía, ha contribuido en gran medida a generar, hasta la exacerbación en aquellos supuestos hegemonizados por el nacionalismo, una identidad autonómica o nacional a la que, desde el Estado se ha opuesto, simplemente, el patriotismo constitucional, racional y cívico, de los derechos y las libertades. El peso de unas políticas estatales pasadas, cerriles y antidemocráticas, de desconocimiento, desprecio y represión de la pluralidad cultural española explica, y justifica hasta cierto punto, ambas dinámicas, la que enfatiza, en algunas Comunidades Autónomas, los rasgos identitarios poniendo en riesgo algunas exigencias racionales y democráticas, y la que, desde el Estado, ha promovido, casi exclusivamente, la identificación con los valores abiertos constitucionalmente proclamados, y ha mantenido una manifiesta y beneficiosa inhibición a la hora de estimular los rasgos fuertes, esencialistas y autoritarios de una españolidad antañona y reaccionaria.

El hecho de que la mayor parte de la ciudadanía comparta con comodidad la doble identidad, española y autonómica, soporte imprescindible sobre el que necesariamente ha de descansar el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías, es, al cabo de veinticinco años, un dato positivo que prueba el equilibrio que, con carácter general, han mantenido las políticas autonómicas de incentivación de la identificación con lo propio, y la política estatal de incentivación del patriotismo constitucional, racional y cívico, combinada con una premeditada desincentivación de los rasgos esencialistas del viejo nacionalismo español. Sin embargo, y reiterando que sólo es legítimo hacerlo en el mundo actual dentro del respeto a esos valores y elementos racionales y cívicos que identifican al patriotismo constitucional como el ideario de las sociedades democráticas avanzadas, conviene no olvidar que, para el buen funcionamiento y la pervivencia del Estado de las Autonomías como proceso duradero de asociación de hombres, como escribía Kelsen, la integración de los ciuda-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 46



danos en la realidad y el proyecto político de sus Comunidades Autónomas, no excluye, sino que, al revés, exige ser que se promueva, también, su integración en la realidad y el proyecto político superior, unitario y común del Estado. En este sentido nada impide ni repugna sino que, por el contrario, resulta exigible y razonable, más si cabe que en un Estado centralizado, el que en un Estado constitucional democrático y descentralizado, los poderes públicos desplieguen un trabajo constante de contribución al reconocimiento y aceptación, no ya de los factores que tienen que ver con la construcción y conservación de un Estado para la mejor satisfacción común, en pasado, presente y futuro, de las necesidades económicas, sociales, de defensa o seguridad, que por supuesto es siempre ilustrativo y necesario; sino también de aquellos factores culturales y simbólicos, jurídicos y políticos, que dan cuenta, a lo largo de una historia secular, de la existencia de muy consistentes elementos identitarios compartidos por el conjunto de la población española, que han contribuido de manera imprescindible a ese proceso duradero de asociación de individuos que forma el Estado español. El Estado constitucional de las Autonomías, que ha encajado sin dificultades la promoción o revitalización de elementos identitarios particulares que han contribuido a reforzar la integración de sus habitantes en esos nuevos proyectos políticos que son las Comunidades Autónomas, no debe renunciar a promover los propios, dentro del más escrupuloso respeto, digo una vez más, de los valores que identifican el denominado patriotismo constitucional.

Y el tercer rasgo destacable del proceso ha sido, a mi juicio, el de haber contado, en todo momento, con el atento, minucioso y definitivo respaldo del Tribunal Constitucional. No es este el momento ni el lugar para enfatizar el papel que en un Estado Constitucional corresponde a ese supremo órgano jurisdiccional, resultaría de todo punto innecesario hacerlo. Pero sí es importante señalar que el Tribunal Constitucional, y se ha dicho hasta la saciedad, ha sido la pieza decisiva para aportar la legitimidad legal-racional que es propia del Estado de Derecho. Sin temor a exagerar cabe decir que, sin su concurso, la construcción del Estado de las Autonomías hubiera alcanzado niveles de conflicto y confrontación política que acaso lo hubieran hecho inviable. Es cierto que esa afirmación no debe ocultar los inconvenientes que ha tenido y tiene, para el propio Tribunal y para el que debe ser el ámbito legítimo de la acción política, la dependencia excesiva de las sentencias a la que se ha visto sometido el desarrollo y la consolidación de un Estado cuyo diseño no debe, ni puede corresponder al saber jurídico de los jueces, sino a la decisión democrática de los partidos políticos y de los ciudadanos. En todo caso no hay duda de que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sobre asuntos de relieve o de menor significación, han conseguido sustanciar jurídica y pacíficamente las confrontaciones políticas consustanciales a los Estados descentralizados en las que se dan, además, notables tensiones identitarias. La ingente jurisprudencia sobre el desarrollo del Título VIII de la Constitución y los Estatutos de Autonomía pone de manifiesto que todo el

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 47



proceso de construcción del Estado de las Autonomías, en lo esencial y en el detalle, ha sido impecablemente constitucional. Y si a eso se añade que las fuerzas políticas de todo signo han acatado esa jurisprudencia, con independencia de las discrepancias más o menos justificadas o estridentes que haya podido haber, podremos concluir con que este ha sido un componente esencial del resultado obtenido a fecha de hoy.

## III. EL ESTADO DESCENTRALIZADO

Ése es el resultado del proceso que a grandes rasgos acabo de caracterizar. Un Estado descentralizado que los constituyentes no bautizaron pero al que generalmente denominamos Estado de las Autonomías, aunque no han faltado autores que han preferido hablar de Estado cuasi federal, federal asimétrico o federo-regional. Cualquiera de esos términos ilustra bien a las claras sobre su naturaleza política descentralizada, hasta el punto de que su inclusión en el amplio y variado género de los Estados federales suele ya ser habitual, tanto entre la doctrina nacional como extranjera.

En efecto, el Estado de las Autonomías comparte con los Estados federales modernos la mayor parte de sus rasgos. La moderna doctrina del Estado federal entiende que la verdadera diferencia con los estados centralizados no consiste en el modo de surgimiento de esos Estados, y coincide en afirmar que el debate sobre la cuestión de la titularidad y los atributos de la soberanía, no debe de plantearse, principal o exclusivamente, desde la perspectiva estática propia de la teoría jurídica centenaria, construída para una realidad por completo distinta a la actual, sino a la luz de la naturaleza esencialmente dinámica de los Estados y teniendo muy presente lo que ha significado la adopción de la concepción de la Constitución como norma suprema, esto es, soberana, a la que están sometidos todos los poderes del Estado. Lo primero, porque si es cierto que el Estado federal por antonomasia, Estados Unidos, nació por la federación, esto es, por la unión, de estados independientes y soberanos, no lo es menos que otros nacieron como consecuencia del proceso inverso, la federalización de Estados centralizados, Bélgica el más reciente tras la reforma constitucional de 1994. Lo segundo, porque las profundas transformaciones experimentadas por los Estados y por el orden internacional, y por el europeo en particular, han obligado a acercarse a la cuestión de los atributos de la soberanía con enfoques bien distintos. Y, además, porque la propia soberanía estatal no permite a sus órganos centrales desconocer la fuerza normativa de una Constitución que reconoce ámbitos de actuación propios de otros niveles de poder que han de ser respetados.

El reconocimiento del autogobierno de los miembros de la federación en una Constitución que es norma jurídica suprema, rígida y escrita; la preservación jurídica de ese autogobierno de modo que no quede a disposición de la federación; la distribución de competencias y la garantía del imprescindible aporte financiero que haga posible su ejercicio; la existen-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 48



cia de un órgano jurisdiccional que resuelva los conflictos entre la federación y los miembros y la existencia de un órgano y unos mecanismos que hagan viable la participación de los miembros en la producción de la voluntad de la federación, son los rasgos que identifican a los modernos estados federales, diferenciándolos claramente de los que no lo son.. Pues bien, desde este enfoque, el Estado de las Autonomías puede calificarse de estado federal. La Constitución, norma suprema, escrita y rígida, reconoce la autonomía de nacionalidades y regiones como un principio consustancial del Estado, que no puede suprimirse sin destruir la Constitución; los Estatutos de Autonomía garantizan también, por su carácter escrito y rígido, que no pueden ser modificados sin el concurso de la voluntad de la Comunidad Autónoma formulada a través de sus órganos de representación; la distribución de competencias sobre las diferentes materias y la garantía de una financiación bastante son evidentes en nuestro sistema, al igual que la centralidad del Tribunal Constitucional en su papel de órgano jurisdiccional encargado de la resolución de los conflictos entre el Estado y sus miembros. Sin duda pudiera parecer que la última característica, la que hace posible la inordinación, se encuentra más débilmente recogida en nuestra organización estatal, pero entiendo que las cosas no son como parecen, como luego trataré de explicar. En suma, el Estado de las Autonomías reproduce estas características de los Estados federales y, en consecuencia, nada impide ser considerado uno de ellos.

Así, caracterizado el modelo estatal, conviene ahora referirse a los principios que informan su naturaleza y que presiden su funcionamiento. En los estados federales dos principios explican su ser y su actuar, el principio de unidad del Estado que tiende a la igualación entre los miembros, a la centralización de las decisiones y al fortalecimiento de las facultades de control, todo ello en beneficio de la federación, y el principio de autogobierno de los miembros de ese Estado, que tiende, por el contrario, a incrementar las diferencias, a distribuir el poder de decisión y la desaparición de los controles. Ambos principios tienden a expandirse en una dinámica centrípeta y otra centrífuga. Pero lo cierto es que ambos principios han de convivir necesariamente, si queremos seguir hablando de un único Estado, aunque sea Estado federal. Expandir ilimitadamente el principio de unidad supondría acabar con el de autogobierno y a la inversa, expandir sin límites el autogobierno significaría la definitiva fragmentación del estado en varios independientes. La conclusión no puede ser otra que esta: los Estados federales necesitan, de modo ineludible, la existencia de un equilibrio permanente entre los dos principios que lo informan. Es un equilibrio que hay que mantener dentro de la tensión consustancial entre unidad y autogobierno que es propia de esos Estados.

La Constitución recoge en su artículo 2 los dos principios, unidad y autonomía, más un tercero fundamental, el de la solidaridad entre los miembros del Estado, los dos primeros son imprescindibles para explicar la articulación del Estado y las Comunidades Autónomas, el tercero para garantizar una justa redistribución de los recursos entre las Comunidades

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 49



Autónomas, debe su constitucionalización a la propia definición que el artículo 1º.1 hace de España como Estado social de Derecho y tiene sus más explícitas concreciones en los artículos 138.2 y 158.2.

Identificados los dos principios que aquí importan para la definición del Estado de las Autonomías, toca ahora saber cuáles son los límites que, en sus relaciones recíprocas, establece la Constitución tanto a uno como a otro. El Estado central, el Estado global o, si se prefiere, los órganos centrales del Estado, porque también las CCAA son Estado, encuentra el límite jurídico al despliegue del principio de unidad que le es propio en los Estatutos de Autonomía, la carta institucional básica, la Constitución de la Comunidad Autónoma. Podría decirse, en pocas palabras, que el Estado no puede unilateralmente vaciar de contenido los Estatutos sin incurrir en actuaciones inconstitucionales y ello por dos motivos. Primero porque la reforma estatutaria requiere el concurso de la voluntad de la Comunidad Autónoma expresada por sus órganos representativos, en algunos casos, la del propio electorado. Segundo porque el Tribunal Constitucional es el garante del bloque de constitucionalidad en el que los Estatutos se encuentran incluidos. Las Comunidades Autónomas, por su parte, vienen limitadas por sus propios Estatutos y por la propia Constitución que establece límites infranqueables en sus tres primeros artículos, la residencia de la soberanía en un sujeto único, el pueblo español, la unidad nacional que excluye la autodeterminación expresamente rechazada en el proceso constituyente, y la lengua española oficial del Estado que todos tienen el deber de conocer y el derecho a usar; en el artículo 138.2 donde se prohíbe que las diferencias entre los Estatutos de Autonomía impliquen privilegios económicos y sociales; en el artículo 139 en el que se establece la igualdad de derechos de los españoles en todo el territorio del Estado, que no puede ser entendida como uniformidad de las posiciones jurídicas individuales; en la prohibición de formar federaciones entre Comunidades Autónomas del artículo 145.1; en el artículo 149.1 donde recoge las competencias exclusivas del Estado con el alcance que la jurisprudencia constitucional les va marcando.

Dentro de esos límites deben moverse las relaciones entre los principios de unidad y autogobierno, manteniendo un equilibrio permanente en medio de la tensión que les es propia. Y más en concreto, es dentro de los límites que la Constitución establece a las Comunidades Autónomas donde éstas deben situar las anunciadas reformas de sus Estatutos.

## IV. DE LOS PREVISIBLES RETOS QUE HABRÁ DE AFRONTAR EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

### IV.1. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PROPUESTAS POR EL GOBIERNO

Doy por supuesto que serán las Comunidades las que lanzarán retos al Estado de las Autonomías para expandir la descentralización, y no el Estado o sus órganos centrales, porque no existe, que se sepa, en este momento

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 50



ninguna propuesta de reforma constitucional que pudiera implicar una restricción de la autonomía. No obstante me referiré a las previsibles por si, de algún modo pudieran suponer, en un sentido restrictivo o no, un reto al Estado de las Autonomías. Las cuatro propuestas que el Gobierno de la Nación ha puesto sobre la mesa tienen por objeto, como se sabe, la que afectaría al artículo 57.1 para modificar el actual orden de sucesión en el trono; la que se refiere al Senado, artículo 69, que no pretende ir en contra sino a favor de una mayor significación territorial de la segunda cámara, aunque no sepamos exactamente en que se concretará; la que, siguiendo el ejemplo de Alemania, supondría declarar expresamente en la Constitución que España es un Estado miembro de la Unión Europea y, finalmente, la que consistiría en la designación nominal e individualizada de las nacionalidades y regiones (entiendo que con las denominaciones que hoy figuran en los respectivos Estatutos de Autonomía, porque si se trata sólo de nombrar a las Comunidades sin cualificarlas con su denominación política el asunto no presentaría arista alguna), que integran la nación española y que pudiera afectar, bien al artículo 2, bien al 137.

Si la reforma que afecta al título II de la Constitución y la que contendrá una mención expresa de la condición de España como miembro de la UE, en nada interesan a la existencia de las Comunidades Autónomas, las otras dos, en cambio, sí tienen que ver con ellas aunque no es previsible que vayan a tener un alcance restrictivo. Veámoslas.

A) La reforma del Senado es una de esas propuestas que recurrentemente aparece en la agenda de los partidos y que no ha dejado de estar presente en las aportaciones doctrinales de los medios académicos, desde el mismo momento en que se aprobó la Constitución. Esa característica acredita, cuando menos, tres cosas. La primera es que la configuración constitucional del Senado no fue precisamente una contribución muy meritoria de los constituyentes, aunque pueda explicarse por las propias exigencias de la transición pacífica a la democracia. La segunda es que el Senado ha venido funcionando como cámara de segunda lectura sin grandes contribuciones al ejercicio de las potestades y funciones del Parlamento, cuya cámara principal es, como se sabe, el Congreso de los Diputados, pero sin causar problemas que pudieran hacer necesaria su reforma. La tercera, consecuencia de la anterior, es que, no encontrando disfunciones del Senado que den motivos para su reforma, sería necesario, para proceder a ella, que pudieran hallarse nuevas y positivas funciones que asignarle a la cámara y ocurre, en definitiva, que, o los partidos no dan con ellas o que no se ponen de acuerdo sobre su importancia o conveniencia.

El acuerdo de los partidos sólo alcanza a proclamar la escasa utilidad y significación del Senado como cámara de representación territorial que es como la identifica el artículo 69.1 de la Constitución. Y poco más. En esas condiciones pueden ocurrir dos cosas. Una, que, si las propuestas son muy distintas y no se reúne la mayoría parlamentaria reforzada que

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 51



la reforma constitucional exige, la reforma no se produzca. Dos, que, si se reúne esa mayoría será porque el contenido de la reforma será de muy corto alcance, una reforma «cosmética». Veamos.

En efecto, superada la fase de identificación crítica de las insuficiencias de la configuración constitucional del Senado en la que suelen registrarse bastantes coincidencias, es obligado acceder al momento de las propuestas de reforma que es cuando las coincidencias tienden a desaparecer.

Un primer motivo de discrepancias aparece ya a propósito del primer apartado del artículo 69 que, al afirmar que el Senado es la cámara de representación territorial, sin más concreción, deja la puerta abierta a una interpretación que diera entrada en la cámara a alguna representación de las administraciones locales, municipios y provincias, sujetos con base territorial que gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. A nadie se le oculta que semejante propuesta, rechazada de plano por las fuerzas nacionalistas y carente del apoyo entusiasta de los dos grandes partidos, encontrará serias dificultades para prosperar, pese a que cuenta con una indiscutible fundamentación constitucional y que podría servir, en el Estado descentralizado, de elemento que contribuyera eficazmente a amortiguar las tensiones propias de la articulación de las dinámicas centrípetas y centrífugas.

Pero es que tampoco la representación territorial es, en sí misma, un concepto de significado evidente. Como se sabe, la representación territorial alude, según interpretación mayoritaria en la doctrina y, desde luego, en la opinión política, a las Comunidades Autónomas como sujetos de la autonomía política, lo que exigiría que el Senado sólo albergase a sus representantes. Sin embargo, las cosas distan mucho de estar tan claras y, a mi juicio, se presentan objeciones nada fáciles de salvar.

En primer lugar, y refiriéndome a las propuestas que se limitan a una reforma que afecte a la procedencia de los senadores creyendo así acentuar el carácter territorial del Senado, conviene advertir lo siguiente. Resulta que, en el artículo 69 de la Constitución, son las provincias las que aparecen como circunscripción territorial electoral en las que el electorado provincial elegirá a cuatro senadores por circunscripción, dando lugar a que cuatro quintos de los miembros de la cámara de representación territorial hayan sido elegidos por sufragio universal en las provincias. El resto de los senadores han sido designados por los parlamentos autonómicos en proporción a su configuración política, siendo esa procedencia parlamentaria la única diferencia que guardan con los anteriores y que resulta insuficiente para atribuirles, en mi opinión, el carácter de actores de una representación de contenido distinto a la que ejercen los senadores elegidos por los electores en la circunscripción provincial. En ambos casos estamos ante una representación política, elegida o designada, de contenido y disciplina partidarios y no sujeta a mandato imperativo, vinculación que está constitucionalmente vedada. Lo que de ello

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 52



resulta es que la expresión constitucional «representación territorial» no tiene, por lo que hace a los cuatro quintos de los senadores elegidos en las provincias, ningún significado sustantivo que permita distinguirla de la representación que corresponde al Congreso de los Diputados cuyos integrantes son, también, elegidos en las circunscripciones provinciales. Pero tampoco los senadores designados por las Asambleas legislativas autonómicas y, recuérdese, no sujetos a mandato imperativo ni de los grupos parlamentarios ni del órgano, son actores de una representación que responda, ni en su origen ni en su ejercicio dentro del Senado, a una lógica diferente de la lógica política que los partidos expresan.

En consecuencia parece adecuado sostener que una reforma constitucional consistente en cambiar la procedencia de los senadores, sea en el sentido de que todos procedan de elección por sufragio universal en circunscripciones provinciales, sea en el de que todos resulten designados por el parlamento autonómico, no convertirá la representación política partidaria en representación territorial. Como tampoco se alcanzará ese objetivo si mediante la reforma se va a una circunscripción única que abarque todo el territorio de la Comunidad Autónoma, que en absoluto resultaría innovadora en las Comunidades uniprovinciales, porque siendo los aspirantes a senadores candidatos de partidos, como es propio de todas las democracias, en nada cambiará esa reforma del artículo 69 la naturaleza política de la relación de representación.

En segundo lugar, y por lo que hace a las reformas que, con apoyo minoritario, pretenden, a semejanza del BUNDESRAT alemán, convertir el Senado en Consejo de embajadores de los Gobiernos autonómicos compuesto de miembros de estos, nombrados y cesados por sus Presidentes y sujetos imperativamente a sus instrucciones, como es propio de los embajadores respecto a sus gobiernos, pero impropio de la condición libre del representante parlamentario, hay que decir que son sencillamente inviables porque entrañan un cambio tan profundo de la concepción del Estado constitucional descentralizado que diseña la Constitución, que la desnaturalizan por completo, hasta el punto de que puede sostenerse que esa operación de reforma, lo sería, en realidad, de destrucción de la Norma Suprema. Ciertamente, el éxito de esas propuestas de reforma supondría, entonces sí, hacer del Senado la cámara de la representación de las Comunidades Autónomas concebidas como territorios cuya población e intereses son representados por sus gobiernos, al modo en que entendemos y aceptamos que la representación de los territorios, la población y los intereses de los Estados son representados, en el ámbito internacional, por el Gobierno y sus funcionarios. Unas transformaciones del modelo de Senado que son, como he dicho, sencillamente inviables, además de, en mi opinión, indeseables.

En tercer lugar, aparecen las propuestas que inciden sobre las competencias del Senado para, de ese modo, incrementar la naturaleza territorial de la representación que a esta cámara corresponde. Como se sabe

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 53



en la actualidad el Senado es cámara de segunda lectura en el procedimiento legislativo, es cámara de control de algunas actuaciones del gobierno, pero no puede exigir la responsabilidad política del gobierno porque no interviene en su investidura. Sólo en tres supuestos es visible la especial proyección o significación autonómica del Senado: en el artículo 155.1 donde encontramos una atribución que le es propia y de la que carece el Congreso de los Diputados, y las que le confiere el artículo 74.2 en relación los artículos 145.2 y 158.2, que son de naturaleza procedimental y poseen un alcance menor. Ciertamente la creación reglamentaria de la Comisión General de Autonomías respondió, en su día, a una voluntad de dar relevancia a la naturaleza territorial de la cámara, pero es opinión común la de que no se trata de una innovación que haya contribuido sensiblemente a lograr ese objetivo.

Resulta evidente que, aun sin modificar una coma del artículo 69 de la Constitución pero sí el contenido de otros varios, la cámara puede acentuar considerablemente su naturaleza de cámara territorial cuantas más competencias decisorias en materias atinentes a las CCAA se le atribuyan. Y más aún si se le atribuyen en exclusiva. En este sentido, la doctrina ha sugerido, con mayores o menores apoyos y con razones más o menos sólidas, distintas posibilidades que podrían ir desde la atribución al Senado de la facultad de iniciar el procedimiento legislativo cuando se trate de proyectos de ley relativos a materia autonómica, hasta la de poder vetar, al modo alemán, la legislación estatal que considere lesiva para los intereses de las Comunidades autónomas, pasando por la de convertirlo en la sede en la que habría que proceder a la formación de la voluntad del Estado que luego ascenderá a las instituciones de la UE, o de la designación de los representantes de las CCAA que integrarán la Representación Permanente de España o las representaciones españolas en los Consejos de Ministros de la UE. En definitiva, es cierto que por ese camino se acrecentaría notablemente la vocación territorial autonómica del Senado, pero no lo es menos el hecho de que, hasta la fecha, no se han concretado políticamente esas propuestas ni se han explicitado los apoyos que requeriría su inclusión en el texto constitucional. O cuando menos, y esto es lo importante, ni el gobierno ni el grupo mayoritario de la oposición tienen interés en alterar de modo relevante el conjunto de las atribuciones que la Constitución reconoce al Senado. Permanecemos, por lo que a este capítulo del reconocimiento constitucional de nuevas atribuciones de significado autonómico al Senado, en el puro terreno de las especulaciones y, en consecuencia, poco más se puede decir en este momento.

B) La reforma constitucional que pretende la mención individualizada de las Nacionalidades y Regiones que integran la Nación española puede presentar, en el momento de su concreta formulación, tres dificultades de calado distinto.

La primera, más arriba señalada, es la relativa al lugar en el que habría que buscar el mejor acomodo a la mención, derivando de ahí el que

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 54



sea un procedimiento de reforma u otro el que haya de ponerse en práctica, algo no demasiado relevante habida cuenta de que el más costoso habrá de activarse, necesariamente, para hacer posibles las dos reformas que no afectan a las Comunidades Autónomas: la relativa al orden de sucesión en el trono porque está comprendida en el Título II, y la relativa a la mención expresa de la condición de España como Estado miembro de la UE que también debiera exigirlo porque, siendo como es una decisión fundamental, afectará al Título Preliminar. Dicho esto, parece lógico que la mención de las Nacionalidades y Regiones se incluyera en el propio artículo 2 de la Constitución en el que aparecen mencionados los tres principios, unidad, autonomía y solidaridad, que son claves para explicar el Estado de las Autonomías. Ciertamente su inclusión en el pórtico del Título VIII sería también razonable pero tendría menor significación simbólica y menor resistencia a la reforma.

Una segunda objeción, más que dificultad propiamente dicha, es que, la inclusión de lo que ya se encuentra recogido en los Estatutos de Autonomía que es, a mi entender, su lugar apropiado, convierte la denominación de la Comunidad Autónoma en materia indisponible para el propio legislador autonómico, pasando a ser materia constitucional. Como se sabe, en 1996 los parlamentos canario y aragonés decidieron un cambio de las denominaciones recogidas en los Estatutos respectivos y procedieron a realizarlo sin superiores complicaciones, que habrían surgido con toda seguridad, en cambio, si la modificación hubiera tenido que afectar a la Constitución. Esta posibilidad quedaría, si no cerrada, sí seriamente dificultada para las Comunidades Autónomas que en el futuro quisieran pasar a denominarse de modo diferente al actual.

Pero, evidentemente, la dificultad máxima se explicitará en el caso de que alguna Comunidad Autónoma pretenda una denominación que entre en conflicto con las propuestas por la Constitución, nacionalidad o región, y con la que reserva a España en el Preámbulo y el artículo 2, esto es, Nación. Sin entrar ahora en otras consideraciones, es previsible que la aceptación de un término distinto a los citados, como es el de «comunidad nacional» que, recientemente, se ha puesto en circulación desde instancias distintas, pueda contribuir a satisfacer, momentáneamente o no, esa es otra cuestión, algunas pretensiones. Pero plantea, a mi juicio dos tipos de problemas estrechamente vinculados. Los que traería consigo una generalización, al menos parcial, de la demanda y los que comportaría la pretensión de convertir en el futuro una denominación semejante, en fundamento jurídico constitucional de exigencias de trato distinto al dispensado a las Comunidades Autónomas que no optasen a ser identificadas ahora con igual denominación.

Como se sabe, hoy son siete las Comunidades que se denominan a sí mismas nacionalidad, las tres a las que alude la disposición transitoria segunda, más Andalucía, Valencia, Aragón y Canarias, estas dos últimas desde que procedieron a reformar sus Estatutos en 1996, pero difícilmente se podrían encontrar razones para impedir una ampliación de esa lista.

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 55



Si, en efecto, no se puede negar que, inicialmente y por poco tiempo, la denominación de nacionalidad proporcionó a «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía» un signo diferenciador, que podría condensar el conjunto de razones que fundamentaba su mejor derecho a un mayor nivel de autogobierno que el que habrían de tener las restantes Comunidades Autónoma portadoras de otro nombre a falta de precedentes en la etapa republicana, es lo cierto que la utilización posterior de esa misma denominación por otras Comunidades Autónomas, ha desdibujado considerablemente la significación simbólica que pudiera habérsele atribuido al término «nacionalidad». En la actualidad, cuando a esa denominación puede aspirar, legítimamente y sin objeciones constitucionales, cualquier Comunidad Autónoma, parece haberse encontrado otro, «comunidad nacional», que incorporaría una carga de distinción exclusiva para aquellas Comunidades merecedoras de ostentarla. La pregunta, a propósito de la denominación «comunidad nacional», no radica en destripar su alcance sociológico, cultural o político, empeño harto complicado a estas alturas de la historia y de la realidad política de España y de Europa, sino, más modestamente, consiste en saber qué Comunidades Autónomas y por qué pueden ostentarla. Es decir, se trataría de la misma pregunta que, respecto del término «nacionalidad», se formuló hace veinticinco años. Una pregunta que, en tanto daba lugar a sesudos debates sobre historia, cultura, y teoría política, obtuvo una respuesta contundente cuando, aplicando el irrebatible método que sirvió para demostrar el movimiento echando a andar, los redactores del Estatuto de Autonomía de Andalucía establecieron en su artículo 1º que «Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma…». Dicha respuesta asumida luego en los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Aragón y Canarias, es la misma que hoy podrían dar esas y otras Comunidades Autónomas, que hoy son Principado, Comunidad Foral, o Entidad regional histórica a la pregunta arriba formulada sobre quién y por qué puede ser «comunidad nacional». La respuesta, que fue sencilla entonces porque sólo fue recogida en cada Estatuto, se complica, justamente, cuando pretende figurar en la Constitución, porque si la expresión fuese, simplemente, a sustituir a la de nacionalidad, o a cualquiera otra, en los Estatutos, no habría motivos constitucionales para limitar la libertad de los Parlamentos autonómicos, como no la ha habido hasta ahora, para que cualquier Comunidad, por los motivos que tuviese a bien estimar, procediese a escoger denominación de entre las ofrecidas por la Constitución. Dicho de otro modo, la expresión «comunidad nacional» no significa algo distinto de la expresión «nacionalidad». Aplicada a una Comunidad Autónoma no tienen distinto alcance una y otra denominación y, lo que es determinante, su naturaleza jurídica, cultural, social y políticamente unitaria y diferenciada, queda comprendida dentro y no fuera de la Nación española,

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 56



que integraría a las «Comunidades nacionales», de idéntico modo a como ahora integra a las nacionalidades y regiones. Por lo tanto, el artículo 2 de la Constitución podría, a mi juicio, sustituir una denominación por otra, o hacer aparecer la nueva como el tercer producto que viene a incrementar la oferta constitucional de denominaciones, pero sin asignarla en concreto a ninguna Comunidad Autónoma. Si la opción elegida, como hasta ahora, libremente por las Comunidades Autónomas se plasma en su correspondiente Estatuto, la respuesta a la pregunta de qué Comunidades y por qué motivos pueden ostentar la nueva denominación, tiene una respuesta sencilla: las que quieran ostentarlo porque tienen la voluntad de hacerlo. Es al querer darle un relieve constitucional a la respuesta, cuando esta adquiere una dimensión competitiva que permite aventurar sin demasiado riesgo de error que, las opiniones partidarias de una denominación que distinga a unas Comunidades de otras, no quedarán satisfechas si la denominación «comunidad nacional» se generaliza y, a la recíproca, aquellas Comunidades que pretendan su empleo, no dejarán de aportar motivaciones de toda naturaleza para conseguirlo. Queda, así, planteada la cuestión que, de no remediarlo el acuerdo político, ocupará parte del debate en los próximos meses.

Y si a la dimensión nominalista, que nunca hay que infravalorar como superficial o intrascendente dada la importancia simbólica de la denominación, se pretende vincular alguna consecuencia en términos de aumento del autogobierno o de acreditar una superior condición que pudiera ser tenida en cuenta a efectos de obtener atribuciones negadas a las demás Comunidades Autónomas, entonces el debate adquirirá tonos más conflictivos. Porque es evidente que, pasados aquellos primeros momentos de cierta indecisión, el Estado de las Autonomías ha rematado su construcción presidido por un principio de igualación institucional y competencial de las Comunidades Autónomas, con independencia de denominaciones y ritmos de acceso a la autonomía, siendo más que probable que una quiebra de ese principio inspirador, al provocar desigualdades discriminatorias, por no formar parte de las asimetrías constitucionalmente amparadas, generase una conflictividad interminable.

En todo caso y afortunadamente, no se conocen propuestas gubernamentales de reforma constitucional que pudieran ir en esa dirección, ni considero deseable que pudieran formularse y, mucho menos, desde el gobierno.

En definitiva, de las dos propuestas de reforma constitucional avanzadas por el Gobierno que afectan a las Comunidades Autónomas, la que se centra, aunque sin demasiada concreción hasta la fecha, en la composición del Senado y pretende alterar la procedencia política de los senadores, sea propiciando el cambio de la circunscripción electoral, sea propiciando la generalización de la designación parlamentaria, me parece prescindible, aunque pudiera considerarse conveniente si consigue aportar algún elemento interesante a la dinámica política de la cámara que, eso sí, nunca llegará hasta el extremo de convertirla, como se suele

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 57



afirmar con notable exageración, en una «cámara auténticamente territorial». Para ello habría de importarse el modelo alemán, un modelo, no se olvide, único en el mundo, y/o atribuirle en exclusiva funciones especializadas en materias autonómicas, lo que no es habitual en los senados de algunos de los Estados federales más importantes y significados del mundo. Dos propuestas que estimo absolutamente inconvenientes y que el gobierno no ha hecho.

Y por lo que se refiere a la propuesta relativa a incluir en la Constitución la identificación nominal de las Comunidades Autónomas con las denominaciones, nacionalidad o región, que en sus Estatutos aparecen o pudieran aparecer tras su consiguiente reforma, la considero también prescindible, con carácter general, porque ya expresan, en sus respectivos Estatutos y para su exclusivo patrimonio y consumo político, cultural y simbólico, la consideración que de sí mismas tienen las Comunidades Autónomas, sin necesidad de plasmar las diferencias en la Constitución que, en cambio, es patrimonio común. Pero si la pretensión de reforma constitucional va más lejos y pretende reservar sólo a algunas Comunidades Autónomas una nueva denominación que hubiesen introducido en sus Estatutos, la de «comunidad nacional», por ejemplo, impidiéndoles a las demás su adopción, entonces la propuesta, además de prescindible, se habría adentrado en el ámbito de lo no deseable. A mi juicio sólo sería aceptable, aunque perfectamente prescindible, aquella reforma de la Constitución que incorporase una tercera, «comunidad nacional», sin asignación concreta a ninguna Comunidad y sólo para que pueda ser asumida en cualquier Estatuto, por cualquiera de ellas, según su leal saber y entender.

### IV.2. LAS PROPUESTAS DE REFORMAS DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

No es posible en estas páginas abordar las propuestas de reformas estatutarias que pueden ser planteadas en las diferentes Comunidades Autónomas y que, a día de hoy, no conocemos en su definitiva formulación, a excepción hecha del denominado «Plan Ibarreche», sobre cuya inconstitucionalidad, la del contenido, no la de la iniciativa que la puso en marcha, plenamente acorde con el ordenamiento jurídico, estamos de acuerdo la mayor parte de los autores y las fuerzas políticas, menos, obviamente, las que comparten el ideario nacionalista. Por ello sólo cabe plantear algunas consideraciones de orden general sobre el o los procesos de reformas estatutarias que se están poniendo en marcha.

La primera de las que hay que tener presente es la referida a la probable y legítima variedad de las iniciativas que van a aparecer, con independencia del juicio, político y jurídico, que las propuestas merezcan. Una variedad que acaso resulte desacostumbrada si se tiene en cuenta que muchas de las reformas acontecidas hasta ahora lo han sido a impulsos de los pactos realizados entre los grandes partidos nacionales y para homogeneizar el modelo de descentralización. Si tenemos en cuenta, ade-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 58



más, que las primeras Comunidades en aprobar sus Estatutos no han procedido a reformarlo desde entonces; que la condición de España como miembro de la UE, que ha tenido incidencias importantes en el autogobierno de las Comunidades Autónomas, fue posterior a la aprobación de los Estatutos y que, en fin, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto a disposición de las Comunidades Autónomas nuevos ámbitos para el ejercicio de ese mismo autogobierno, es fácil imaginar que muchas de las propuestas de reformas estatutarias encaminadas a incorporar las posibilidades abiertas implicarán innovaciones importantes. De entre las muchas o pocas que resulten aprobadas en las respectivas Comunidades, acaso algunas pudieran comportar una previa reforma constitucional. Ese supuesto se plantearía si, una vez presentado el proyecto de reforma del Estatuto en el Congreso de los Diputados para ser aprobado como Ley Orgánica, esta quedara, en efecto, aprobada primero por la mayoría absoluta del Congreso y después por el Senado, tras de lo cual, sólo si alguno de los sujetos legitimados para ello recurriese la Ley Orgánica ante el Tribunal Constitucional sería posible obtener de este la declaración definitiva de inconstitucionalidad que obligaría, bien a anularla, bien a llevar a cabo la reforma constitucional. No es probable que las Cortes aprobaran una Ley Orgánica convencidas de su inconstitucionalidad, resultando más razonable pensar que echarían mano de la oportunidad de rechazar mediante los votos su aprobación, dando así por rematado el procedimiento de reforma del Estatuto en cuestión.

Una segunda consideración a tener en cuenta es la conveniencia de que la reforma estatutaria venga respaldada ampliamente por los grupos parlamentarios de la Comunidad Autónoma, y que encuentre, asimismo, un amplio respaldo su aprobación en las Cortes. Como se sabe, en los Estatutos de Autonomía se exigen distintas mayorías para la aprobación de su reforma que van desde la mayoría absoluta en el del País Vasco o Canarias, a los dos tercios exigidos en los de Galicia y Cataluña, pasando por los tres quintos que se requieren en los de Andalucía, Asturias o la Comunidad Valenciana. De ahí se desprende que en algunos parlamentos la reforma podría aprobarse sin el concurso del partido Popular, por ejemplo en Cataluña, donde su grupo tiene quince escaños de los 135 que componen el parlamento, y en algún otro faltándole el apoyo del partido socialista, sería el caso de Galicia en una hipótesis ciertamente improbable de acuerdo PP y BNG. En un tercer supuesto, el del País Vasco, el Plan Ibarreche puede ser aprobado por mayoría absoluta sin los votos de PP y PSE, y un proyecto de reforma diferente que contase con el apoyo socialista, no requeriría el voto del Partido Popular. Son posibilidades que ofrece la aritmética. Como lo es que las Leyes Orgánicas que aprueban los Estatutos de Autonomía requieren una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, que se puede alcanzar sin el concurso del Partido Popular. Pero siendo todo ello cierto, no lo es menos que, dada la trascendencia de la cuestión, un desacuerdo del principal partido de la oposición en el correspondiente parlamento autonó-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 59



mico o en las Cortes Generales, no sería lo más deseable para el asentamiento y buen funcionamiento de los Estatutos reformados, resultando de un máximo y especial interés esta consideración, como a nadie se le oculta, en los casos de los Estatutos vasco y catalán.

Es necesario, en tercer lugar, hacer notar a propósito de los límites procedimentales o formales de las reformas estatutarias que la reforma estatutaria, además de llevarse a cabo de acuerdo con los procedimientos establecidos en cada Estatuto, ha de ser aprobada mediante Ley Orgánica por las Cortes Generales, de manera que, contra lo que en el lenguaje de algunos políticos parece haberse instalado con toda naturalidad, la reforma de los Estatutos aprobada en los respectivos parlamentos autonómicos no es más que un trámite, jurídicamente imprescindible claro está, que no remata el procedimiento que, culmina, tras la aprobación de la Ley Orgánica, con el referéndum previsto en los casos vasco, catalán, gallego y andaluz cuando la reforma incide sobre contenidos estructurales del Estatuto o pudiera afectar a las relaciones con el Estado. La colocación, en estos casos, de la consulta popular en el último momento del proceso, justamente tras la aprobación de la Ley orgánica, y no al revés, se explica, precisamente, para evitar que se produzca una confrontación entre la voluntad del electorado de la comunidad Autónoma y la voluntad de las Cortes generales que, por ostentar la representación de todo el pueblo español, son las que, con arreglo a la lógica del Estado democrático constitucional, deben tener la llave para permitir o impedir que el electorado de una parte del territorio, se pronuncie sobre asuntos de gran trascendencia para el propio funcionamiento del Estado en su conjunto. Importa insistir en este aspecto, el de la libertad de decisión que tienen las Cortes Generales, para evitar que tome carta de naturaleza el equívoco político según el cual son los parlamentos autonómicos los que, porque tienen la competencia para concretar y aprobar el contenido de la reforma estatutaria, también imponen a las Cortes Generales su aprobación.

Y, en fin, una cuarta y última consideración sobre los límites materiales de las reformas estatutarias. El punto del que parto es el de entender que la ausencia de límites materiales explícitos a la reforma constitucional, que es lo que se acostumbra a desprender de una lectura literal y simplista del artículo 168.1 de la Constitución, no comporta la ausencia, al mismo tiempo, de límites materiales implícitos. Unos límites materiales implícitos que son los que, a falta de cláusulas de intangibilidad que impidan la reforma de algunos principios estructurales e identificadores de una Constitución, fundamentan la distinción entre el poder de reforma y el poder constituyente. Unos límites materiales implícitos que suponen que si la operación de reforma constitucional los desborda, se está transformando en una operación de destrucción de la Constitución vigente y de aprobación de una nueva y diferente Constitución, en el mismo acto. Y ¿cuáles son esos límites materiales implícitos? Aquellos que contienen los rasgos esenciales del texto de 1978 y que se encuentran expresados de for-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 60



ma sintética en los dos primeros artículos de la Constitución. Quiero decir con esto que una reforma de la Constitución que incidiese de modo profundo sobre esos contenidos esenciales, estaría destruyendo esa Constitución, no siendo indispensable para producir esa destrucción que la modificación afectara a la literalidad de esos dos artículos. Resulta incuestionable, por ejemplo, que bastaría con suprimir el artículo 6, sobre los partidos políticos, o la libertad religiosa del artículo 16, o el derecho de propiedad del 33, o el carácter electivo del Congreso en el artículo 68.1, o el Tribunal Constitucional, o el Título X, para alterar tan profundamente el contenido del artículo 1 de la Constitución, que la hiciera irreconocible, dándola por destruída, que no por reformada. Y lo mismo ocurre, obviamente, con el contenido profundo del artículo 2 en el que se condensan, como señalé páginas atrás, los principios estructurales que identifican el Estado constitucional descentralizado, el Estado de las Autonomías: la unidad y la autonomía. No hay que ser un lince para aceptar que, por ejemplo, la supresión de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas supondría un vaciamiento tan profundo del autogobierno que desvirtuaría por completo el Estado descentralizado por el que apuesta la Constitución.

Pues bien, esa comprensión de los límites materiales implícitos a la reforma constitucional habría que proyectarla ahora sobre aquellas propuestas de reformas estatutarias que, aun no incurriendo en inconstitucionalidad formal por no alterar la letra de la Constitución, tuviesen por objeto forzar un cambio de tanto calado en la legislación estatal, que llegasen a perturbar seriamente el significado de esa letra constitucional, suponiendo, en realidad, su vulneración, motivo por el que resultaría inexcusable declararlas inconstitucionales. No comparto la perspectiva puramente literalista del intérprete que, acogiéndose al principio liberal, entiende que lo que la Constitución no prohíbe expresamente está permitido si lo quiere el legislador, porque ese principio hermenéutico, aceptable cuando se trata de derechos fundamentales porque la vocación irradiante de estos así lo demanda, puede llevar a trastocar profundamente el Estado de las Autonomías si se aplica en este ámbito. Y eso es, justamente, lo que podría acontecer si se produjesen cambios legales que dieran entrada a asimetrías tan relevantes que convirtieran la diversidad, constitucionalmente impecable, en simple desigualdad discriminatoria, esto es, en privilegio.

Entiendo, por ello, que estamos ante exigencias de asimetrías inconstitucionales cuando se formulan propuestas de reformas estatutarias cuyos contenidos, en primer lugar, no se recogen en la Constitución ni encuentran en ella pie alguno, aunque tampoco hayan sido expresamente vedadas por su letra. Cuando, en segundo lugar, la aceptación de esas propuestas lo sea exclusivamente en beneficio de algunas Comunidades Autónomas, quedando vedadas definitivamente a las demás, sin causa razonable, y cuando, en tercer lugar, el contenido de la propuesta de reforma tenga por objeto forzar modificaciones de la legislación estatal en orden a propi-

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 61



ciar la creación de un nuevo e importante instrumento de autogobierno o la atribución de una competencia relevante o la exigencia de reconocimiento de una posición de excepcional distinción para una o varias Comunidades Autónomas. En ese sentido, entiendo que aquellos cambios en la legislación orgánica o no del Estado que, no implicando afectación de la letra de la Constitución ni derivando de ella, tuviesen por objeto atender exigencias materialmente relevantes de algunas Comunidades, en orden a crear una categoría especial dentro del conjunto de las Comunidades Autónomas, provocarían asimetrías incompatibles con un elemental principio de igualdad entre ellas, que subyace en toda concepción federal y que tiene su expresión constitucional más clara en el artículo 138.2: «Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales». En otras palabras, las asimetrías son inconstitucionales aún sin afectar a la letra de la Ley Superior, cuando provocan una desigualdad que, al desbordar la admisible diversidad entre los miembros del Estado federal que es consustancial a ese modelo, privilegia a algunos de ellos.

En este tipo de asimetrías inconstitucionales entiendo que encajan algunas de las demandas que podrían llegar a plantearse desde algunas Comunidades Autónomas con fuerte presencia de componentes nacionalistas. Es el caso, a mi juicio, de las que pretenden el reconocimiento de la facultad de hacer propuestas de nombramientos de miembros de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal de Cuentas, o de diversos órganos de creación legal; o aquellas otras destinadas a reconocer la presencia diferenciada de una Comunidad Autónoma en organizaciones internacionales, la UE principalmente, para negociar sus intereses, al amparo de la cobertura jurídica que proporcionaría el hecho de tratarse de una materia sobre la que dicha CA tiene las competencias exclusivas.

## V. BALANCE Y UN PRONÓSTICO

Al cabo de veinticinco años de funcionamiento del Estado constitucional democrático y descentralizado, el balance que presenta no puede valorarse, a mi juicio, sino positivamente. Por vez primera desde 1812 en España hay una democracia constitucional y descentralizada, consolidada. La garantía de las libertades y los derechos, por un lado y la separación y el control del poder son una realidad incontrovertible. Y lo mismo cabe decir de la descentralización política. En su dimensión técnica, jurídica y económica los logros son indiscutibles y los resultados de su gestión son, a la luz del respaldo social con que cuentan, razonablemente positivos. En su dimensión política, el autogobierno ha alcanzado cotas inimaginables por los propios constituyentes de 1978 y no digamos ya por los del otro momento de nuestra historia constitucional reciente, el de 1931. Las CCAA son hoy entidades jurídica y políticamente institucionalizadas, con un haz de competencias amplísimo, con suficiencia financiera y con una

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 62



dinámica política enteramente autónoma. Su existencia se encuentra íntegramente garantizada y son una realidad irreversible. Las tensiones que el funcionamiento del Estado de las Autonomías hace aflorar son consustanciales a ese modelo de Estado y, en consecuencia, no entra dentro de su lógica el demandar que desaparezcan.

Otra cosa es, claro está, que algunas de las demandas expresadas en clave de nacionalismo no se puedan satisfacer dentro de ese mismo modelo de Estado y de la Constitución vigente, y que otras no sea obligatorio atenderlas, siendo legítimo e impecablemente constitucional el desatenderlas. El mensaje que proclama un ilimitado derecho de las Comunidades Autónomas a aumentar sus competencias; que el desarrollo del modelo constitucional de Estado de las Autonomías sigue siendo insuficiente; que exige su apertura indefinida en orden a promover el vaciamiento continuado de las competencias estatales, y que identifica más democracia con más autonomía, mensaje que viene emitiéndose repetidamente desde las posiciones políticas del nacionalismo no es, pese a su legitimidad, compatible ni con la realidad de estos veinticinco años, ni con el espíritu y la letra de la Constitución de 1978. Como tampoco lo es el planteamiento que conduce a desposeer al soberano de su poder constituyente y depositarlo en las CCAA que, como nuevos titulares del mismo, estarían en posición de igualdad con el Estado para, por la vía del pacto, proceder a mutar la Constitución periódicamente forzando el sentido del artículo 150.2. El modelo de Estado Autonómico, que pertenece, no se olvide, a la familia federal, ha alcanzado su plenitud, sin que esto impida, de acuerdo con los procedimientos de reforma, constitucional y estatutarios, y sin quiebra del principio de igualdad, llevar a cabo algunos avances más, de menor relevancia, a favor del autogobierno de las CCAA. Entiendo, en consecuencia, que si las CCAA son, como he dicho, una realidad irreversible, también la pervivencia del Estado y del principio de unidad están garantizados.

Y tras el balance, un pronóstico prudente, ni vaticinio ni profecía. Los datos políticos permiten pronosticar un futuro de normalización de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas gobernadas por cualquiera de los dos grandes partidos nacionales o alguna fuerza nacionalista cómodamente integrada en el sistema. Un futuro de parecidas características a las que ha presentado el pasado desde 1978. Cabe augurar, por el contrario, el mantenimiento de las tensiones con las fuerzas políticas nacionalistas allá donde gobiernan o son indispensables para el gobierno. En el caso del País Vasco, a la inviabilidad constitucional del *Plan Ibarreche* hay que sumar la imposibilidad de encaje con el principio de igualdad que, a mi juicio, presentan las demandas que contiene la propuesta que los socialistas vascos han dado a conocer en los días en que escribo estas páginas. De las próximas elecciones en aquella Comunidad Autónoma dependerá el rumbo que tome la situación. Si el nacionalismo conserva el gobierno, las relaciones con el Gobierno central no

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 63



permiten adivinar un cambio importante en el fondo, aunque, evidentemente, los modos políticos, los procedimientos jurídicos y la retórica no serán los mismos, ya no lo son desde las elecciones de Marzo de 2004, que se vivieron con el gobierno del presidente Aznar. Si el nacionalismo pasa a la oposición, la tensión disminuirá considerablemente hasta adquirir grados que el Estado de las Autonomías pueda digerir sin dificultades. En el caso de Cataluña es previsible la elevación de la tensión, en la medida en que los equilibrios del gobierno central y del gobierno de Cataluña, a falta de mayorías absolutas de los socialistas en ambos casos, no son fáciles de conservar y requieren, permanentemente, de toda la habilidad de la que sean capaces los dirigentes políticos de todos los partidos. En todo caso, la preservación de los procedimientos de reforma estatutaria y de reforma constitucional debe presidir todo el desarrollo del proceso en el que nos encontramos.

Y concluyo. He escrito al comienzo de estas páginas que el Estado de las Autonomías ha sido posible porque así lo quisieron los grandes partidos nacionales que han gobernado el Estado desde el principio. Cualquier cambio que se pretenda llevar a cabo debe contar con el acuerdo de ambos para no resultar un paso en falso. Creo que las posiciones de ambos partidos sólo podrán caminar hasta llegar al imprescindible punto de encuentro si previamente se produce en su interior un movimiento de acercamiento entre su dirección central y sus dirigentes autonómicos. Un movimiento que debería discurrir en direcciones opuestas en uno y otro partido. Mientras que en el PSOE es necesario que los dirigentes socialistas del PSC y del PSE se acerquen a las posiciones que mantiene la dirección nacional del partido, en el PP es la dirección nacional la que debe atender y aproximarse a las posiciones que mantienen sus dirigentes autonómicos de Galicia, Baleares, Comunidad Valenciana o Cataluña. Solo si esos movimientos internos se producen con éxito, podrá producirse luego el encuentro entre los dos partidos, algo imprescindible para un futuro normalizado del Estado de las Autonomías.

11039-064-Estado autonómico34 14/10/05 14:57 Página 64

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 65

# DERECHOS HISTÓRICOS, DEMOCRACIA Y LEY DE LA CLARIDAD (MÁS SOBRE EL "PLAN IBARRETXE")

**Javier Corcuera Atienza**
*Catedrático de Derecho Constitucional*
*Universidad del País Vasco*

## I. INTRODUCCIÓN

Pretendo analizar, en estas páginas, la virtualidad del título foral en el llamado «Plan Ibarretxe», que busca su legitimación en tales derechos históricos vascos, además de hacerlo en el derecho a la autodeterminación y el principio democrático.

En la exposición que sigue analizo en primer lugar para qué ha servido históricamente en los territorios vascos la invocación de la foralidad. La historia de España en tiempos de Constitución, que aquí sólo puede brevemente evocarse, demuestra que la persistencia en los territorios vascos de las peculiaridades de origen foral no sólo se deben, como recordaba el Duque de Mandas[1], a la existencia de mil azares históricos. Existe, también, una hábil política que combina una retórica ajena a la lógica constitucional, basada en la afirmación de un pacto originario anterior a la Constitución y que ésta debe de respetar, con la invocación de los males que pueden provocarse si aquellas particularidades no se respetan. La defensa de la foralidad en nuestra constituyente incorpora buena parte de los elementos históricos de argumentación y de presión, para intentar conseguir ventajas semejantes a las alcanzadas en el pasado. Ello se logra en buena medida, pero la lógica del Estado de Derecho define límites y marcos en que han de moverse dichas peculiaridades.

El segundo apartado de este escrito analiza la interpretación de los derechos históricos en que se basa la propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi. La única justificación teórica de alguna entidad utilizada para justificar una reforma estatutaria manifiestamente contraria a la Constitución parte de la subordinación de ésta a una Constitución sustancial cuya realización permite ignorar o devaluar a la Constitución formal. La consideración de aquella como pacto para la regulación de realidades esenciales, entre las que están las nacionalidades históricas, aconseja, para mejor lograr una integración hispana respetuosa con los derechos históricos, la realización de un gran pacto que permitiera la puesta en marcha de una convención constitucional basada en una interpretación constitucional «útil», capaz de redefinir su posición en el Estado, sin necesidad de reformar la Constitución.

[1] Véase *Última etapa de la unidad nacional. Los Fueros Vascongados en 1876*, Madrid, 1924, vol. I, p. 66.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 66



Tras una valoración crítica de la interpretación anterior, se analiza otra de las justificaciones de la Propuesta de Estatuto, el principio democrático. Desde las perspectivas abiertas por la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá sobre la autodeterminación de Quebec, se reflexiona sobre la posibilidad de aplicar la lógica de la «Ley de claridad» en España.

## II. DERECHOS HISTÓRICOS Y POLÍTICAS HISTÓRICAS

### II.1. POLÍTICA FUERISTA EN EL SIGLO XIX

La llamada «cuestión foral» caracteriza la historia política vasca desde los comienzos del Estado liberal en España. La organización foral del Antiguo Régimen, basada en gobiernos provinciales controlados por las oligarquías locales y dotados de una notable capacidad de integración, había permitido a la población de los territorios vascos diversas ventajas (reconocimiento de la hidalguía universal, con sus evidentes beneficios en una sociedad de Antiguo Régimen; aduanas en las fronteras con Castilla, lo que abarata importaciones…). El fantasma de la uniformización, ya especialmente amenazador en tiempos de Carlos IV, puso en marcha una batería de argumentos más o menos vinculados con los utilizados desde el origen del sistema foral en los albores del Estado moderno. Ello explica el mantenimiento en época ya constitucional de un discurso propio del Antiguo Régimen: independencia primitiva, voluntaria entrega, pacto foral… se esgrimen junto a otros temas que van desde la nobleza originaria hasta la pobreza de la tierra, sin poner nunca en duda la lealtad al Rey y los históricos servicios a la Corona. Cambian los acentos y cambian algunas justificaciones también en función de los tiempos, pero se mantiene el común canto a la excelencia de la foralidad, ya fuera para subrayar la identificación de las Provincias y Señorío con el absolutismo fernandino o para afirmar, ya en época constitucional, que los fueros implicaron garantías de derechos y separación de poderes antes que se aprobaran las constituciones americana o suiza.

Tras la Ley de 25 de octubre de 1839, que confirma los fueros dentro de la unidad de la Monarquía y establece un procedimiento negociador para adecuar el sistema foral a las necesidades de los nuevos tiempos, se estabiliza una foralidad liberal-moderada. Salvo en el caso de Navarra, lo hace ignorando las exigencias procedimentales que definía la citada ley: no habrá negociación con el Gobierno (en el que, por otra parte, no es rara la presencia de algunos de los más destacados fueristas de las Provincias), y el proceso de adecuación es realizado básicamente desde dentro de los territorios forales. Ello permite algunas ventajas muy notables, como es el mantenimiento del sistema fiscal preconstitucional, lo que supone, en la práctica, que las provincias no pagan impuestos ni hacen más aportaciones de hombres al ejército que la que algunos pueblos costeros realizan a la Armada. Las Diputaciones establecen los impuestos y los gastan exclusivamente en la respectiva provincia; el sistema foral se altera, adecuándolo a las nuevas necesidades: las Corporacio-

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 67



nes forales se afianzan como efectivo sistema de control de los municipios, el procedimiento electoral foral permite garantizar la estabilidad y el poder de los propietarios rurales y la progresiva incorporación al mismo de sectores burgueses. Comienza la puesta en marcha de lo que J. AGIRREAZKUENAGA ha llamado «Estados emergentes»[2] que deciden sobre ingresos y gastos y construyen y difunden una ideología foral que consolida lealtades institucionales y fortalece el sistema político foral.

A lo largo del siglo XIX se afianza un lenguaje cuya falta de justificación histórica había sido ya puesta de relieve a finales del siglo anterior y cuya lógica jurídica nada tenía que ver con la constitucional liberal. En buena medida, la España de los moderados es un sistema de reparto de poder entre oligarquías provinciales dispuestas a mantener sus privilegios y poder respetando el de las demás[3]. A nadie molestaba la excepcionalidad de cuatro provincias poco pobladas y no especialmente prósperas.

Tras la segunda guerra carlista, el gobierno central impone el final de los privilegios forales extendiendo los deberes constitucionales a las tres Provincias Vascongadas. La Ley de 21 de julio de 1876 no nace como ley abolitoria de los Fueros, sino que pretende, como la de 1839, introducir la foralidad en el sistema constitucional, haciendo que los vascongados pagaran sus impuestos al Estado, aunque lo hicieran por un sistema, como el establecido para Navarra en 1841, que permitía mantener ventajas (se pagaba menos y las diputaciones mantenían su capacidad de establecer el sistema fiscal, recaudar y gestionar los beneficios). La intransigencia del sector mayoritario de las Juntas Generales vizcaínas, reacio a aceptar aquella Ley, lleva a la disolución de las Juntas y al final de la organización foral histórica en las tres Provincias que, a partir de entonces, se regirán por la normativa general en materia de régimen local: sus Diputaciones serán provinciales, aunque dispondrán de una importantes autonomía económico-fiscal derivada del sistema de concierto económico acordado en 1878.

El sistema que se abre a partir de entonces se basa en la negociación de su elemento central (el acuerdo sobre el cupo y sus renovaciones o modificaciones) e incorpora una notable indeterminación derivada de la ausencia de una clara delimitación de las competencias que corresponden a Diputaciones y a Ayuntamientos. En tal situación, será la propia práctica de unas Diputaciones que disponen de recursos y carecen formalmente de competencias la que definirá éstas, que luego se consolidan judicialmente gracias a la prueba de su ejercicio. Todo ello favorece la utilización de los viejos argumentos ideológicos: la demanda de la rein-

---

[2] Joseba AGUIRREAZKUENAGA CIGORRAGA, *Vizcaya en el siglo XIX: finanzas públicas de un Estado emergente*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987.

[3] Nicomedes PASTOR DÍAZ señalaba en 1839 que España era, no una monarquía, «sino la bastarda configuración de 49 tiranías oligárquicas». Cit. en José Mª JOVER ZAMORA, «Prólogo», al tomo XXIV de la *Historia de España* de Espasa-Calpe, *La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*, Madrid, 1981, página LXXII.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 68



tegración foral plena, el pacto, la pendencia del arreglo foral, la injusticia de la situación derivada de la abolición… buscan el fortalecimiento político de las Provincias en una perpetua construcción de la peculiaridad económico-administrativa. Tales argumentos y lenguaje tendrán más fuerza a medida en que entren en escena los nacionalistas, según cuya mitología política los vascos habían perdido la independencia cuando sus fueros dejaron de ser leyes soberanas, al ser reconocidos dentro de la unidad constitucional de la Monarquía con la Ley de octubre de 1839. El recurso a las viejas palabras es rentable, y no sólo porque permita a los nacionalistas disfrazar en la exigencia de reintegración foral el deseo de independencia de buena parte de sus bases.

Las viejas palabras no se abandonan, pero su uso no impide la incorporación de las aportadas por los nuevos tiempos. Eso permite entender la aparición, en el segundo decenio del siglo XX del término «derechos históricos», mencionado en la exposición previa al Estatuto General del Estado Vasco (llamado «Estatuto de Estella», aprobado en dicha localidad navarra el 14 de junio de 1931, y que constituyó la bandera de las candidaturas antirrepublicanas a las elecciones constituyentes). Dicho texto, canónicamente nacionalista, protesta por las leyes que considera derogatorias de los fueros y recuerda la existencia de «un movimiento universal en el pueblo vasco que reclama la derogación de aquellas leyes, volviendo al estado jurídico anterior a ellas, que es lo que en nuestro país se conoce con el nombre de Reintegración foral. Manteniendo viva esta reivindicación de los derechos históricos…». Como se ve, el término se utiliza como sinónimo de los usados hasta entonces, y su inclusión no era sino una modernización del lenguaje utilizando una expresión más en boga desde los procesos de independencia que se producen en la Europa central y oriental tras la Primera Guerra Mundial.

## II.2. DERECHOS HISTÓRICOS Y CONSTITUCIÓN

La foralidad había sido el lenguaje de los vencedores de la guerra civil. Con independencia de que los nacionalistas vascos mantuvieran intacta su visión de la historia vasca, el tema foral no afectaba a su política y los fueros eran cosa pasada y propia de los carlistas[4]. Los partidos políticos vascos, también los nacionalistas, discutían de uniformidad, autonomía, federalismo o independencia, pero no de fueros. Sin embargo, la puesta en marcha de la constituyente llevó a plantearse la utilidad de recuperar los viejos planteamientos que tan buenos resultados habían dado durante el siglo XIX. El que fuera portavoz nacionalista en el Senado, Mitxel Unzueta, a quien se atribuye la paternidad de la idea, comentaba cómo, una vez

[4] El 21 de junio de 1977, el Euzkadi Buru Batzar del PNV rechaza una propuesta de dos de sus miembros orientada a realizar una campaña pro Fueros, porque los «planteamiento y terminología empleados tal vez recuerda a un período ya superado como es el carlismo», S. DE PABLO, L. MEES y J.A. RODRÍGUEZ RANZ, *El péndulo patriótico. Historia del Partido Nacionalista Vasco, II: 1936-1979*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 353.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 69



adoptada, emprendieron la lectura de los fueristas decimonónicos y, particularmente, del que fuera líder del fuerismo intransigente vizcaíno, Fidel de SAGARMÍNAGA[5]. El resultado de aquellas lecturas es manifiesto leyendo las enmiendas nacionalistas al proyecto constitucional, (en las que, por ejemplo, se habla de unión personal de los territorios vascos con los demás de la Monarquía), o las intervenciones de los portavoces nacionalistas en Congreso y Senado, que repiten figuras y lenguaje propios del debate foral de 1876[6].

La Disposición Adicional primera no quería tener efectos jurídicos sino políticos: por parte de los partidos democráticos no nacionalistas suponía, como la disposición derogatoria segunda, reconocer la particularidad de la autonomía vasca, para que los nacionalistas, aceptando la Constitución, facilitaran la integración política que pudiera resolver lo que era el «problema vasco», es decir, ETA. Pero los nacionalistas convirtieron pronto el debate de la foralidad en búsqueda de argumentos para no votar la Constitución, a no ser que la actualización de los derechos históricos se pudiera realizar al margen de los límites impuestos por aquélla[7]. Se trataba de fortalecer ideológicamente a las bases nacionalistas, afirmando la distancia hacia España, y de sentar las bases de su política posterior: si el País Vasco no votaba la Norma Fundamental española estaría expresando un descontento político que obligaba a Gobierno y partidos españoles a reconocer la existencia de un problema político vasco que había de solucionarse con autonomía, con la mayor autonomía posible.

Tras el fracaso de la Disposición Adicional primera como instrumento para conseguir el apoyo de los nacionalistas vascos a la Constitución, nadie parecía darle especial significado. La Asamblea de parlamentarios

---

[5] Oí dicho comentario en un coloquio en el marco del curso «Foralismo, Derechos Históricos y Democracia», dirigido por M. HERRERO DE MIÑÓN y E. LLUCH en San Sebastián, en el marco de los Cursos de Verano de la UPV-EHU, en 1997.

[6] He analizado el debate de la foralidad en la constituyente en J. CORCUERA, «Constitucionalización de los Derechos Históricos. Fueros y Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 11, Mayo-Agosto, 1984. pp 9-38

[7] Xabier ARZÁLLUZ, portavoz nacionalista en el Congreso durante la constituyente y Presidente del EBB del PNV cuando se celebraba el 25 aniversario de la Constitución , señaló con ocasión de ésta efemérides (X. ARZALLUZ, «Gredos», en *Deia*, 12 de octubre de 2003): «Todo el mundo sabe que el PNV se abstuvo en el referéndum constitucional. Que en la tramitación del texto constitucional llevó una clara estrategia de no aceptación, porque no quería esta Constitución ni ninguna otra que se basara en que la «soberanía nacional reside en el PUEBLO ESPAÑOL» y «en la indisoluble unidad de la NACIÓN ESPAÑOLA», simplemente porque es un partido NACIONALISTA VASCO, y parte de la existencia de un «PUEBLO VASCO y de una NACIÓN VASCA», y que el choque se produjo con la primera Constitución Española. (…) Nos dicen también que el PNV votó en contra del derecho de autodeterminación en el debate constitucional. Pero esa es otra historia. La historia de una estrategia sustitutoria inteligente ante la imposibilidad de plantear siquiera, con un mínimo de posibilidades de éxito (…) el derecho de autodeterminación. *Nuestra enmienda foral nos colocaba fuera de la Constitución y sabíamos que en ningún caso iba a ser aceptada, como no lo fue. Pero cargamos sobre ellos la carga de la prueba, porque las constituciones forales existieron y fueron suprimidas por la fuerza de las armas.*
Nuestra estrategia fue no atar a nuestro pueblo con la Constitución, y conseguir un status autonómico, que nuestro pueblo necesitaba urgentemente para tomar las riendas de nuestra economía, (…) de nuestro urbanismo (…), de nuestras infraestructuras, (…) y, sobre todo, de nuestra alma, es decir, de nuestra lengua, en trance de muy próxima desaparición. Todo esto lo dijimos con claridad. Nunca hemos mentido. ¿Por qué nos hablan de lealtad? Lealtad ¿a quién y por qué? Si solamente debemos lealtad a nuestro pueblo». (cursiva mía, J.C.).

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 70



vascos había debatido ya, y aprobaría el día 23 de diciembre de 1978, el proyecto de Estatuto de Autonomía del País Vasco. Todos los partidos aceptaron que el texto incorporara elementos vinculados con la memoria de la foralidad (Juntas Generales y Diputaciones Forales), con la autonomía económico-administrativa post-foral (concierto económico) o con la breve autonomía republicana (particularmente la existencia de una policía autonómica). Pero estas singularidades competenciales u organizativas no necesitaron justificarse invocando la Disposición Adicional primera. Tampoco deriva de ésta, sino de la retórica nacionalista, la disposición adicional por la cual «la aceptación del régimen de Autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los Derechos que, como tal, le puedan corresponder en virtud de la Historia y de su voluntad de autogobierno».

### II.3. FORALIDAD POST-CONSTITUCIONAL

La Disposición Adicional de la Constitución tenía, en todo caso, carácter normativo, aunque su significación parecía moverse más en el terreno de los principios, enfatizando la trascendencia de la autonomía de dos comunidades forales (País Vasco y Navarra) o la especial posición de los titulares históricos de la foralidad, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, en el seno de la Comunidad Autónoma. Sus efectos jurídicos, sin embargo, se perfilarán en la fase de negociación entre la delegación de la Asamblea de Parlamentarios vascos y la Comisión Constitucional del Congreso, momento en que (por razones que he explicado en otro lugar[8]), el Estatuto se configura como norma que realiza, en el marco de la Constitución, la actualización general del régimen foral. Ello suponía garantizar, en nombre de aquella disposición, la especificidad competencial y organizativa de los Territorios Históricos (que no Provincias), o las competencias en materia de financiación y hacienda, educación, policía autonómica y otras menores. La adicional manifestaba su carácter normativo no sólo como principio, sino como regla.

La manifestación de tal potencialidad sirvió, en lo sucesivo, para intentar legitimar en la adicional primera nuevas competencias de la Comunidad o de los Territorios, lo que hacía especialmente sensible desde una perspectiva política la interpretación de una cláusula constitucional en cuyo nacimiento la política había sido omnipresente. Ello hace que el campo abierto a la negociación política en el momento post-estatutario fuera extraordinariamente amplio: en nombre de la foralidad constitucionalizada, varias leyes estatales incluyen nuevas adicionales en que se excluye la aplicación de la normativa estatal a la CAPV o a sus Territorios Históricos.

La reflexión teórica sobre el alcance jurídico de la disposición adicional y la definición de la naturaleza jurídica de la foralidad primera de la Constitu-

[8] Javier Corcuera, *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, CEC, Madrid, 1991

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 71



ción surge especialmente a la hora de resolver los problemas planteados, sobre todo, por la distribución competencial entre los Territorios Históricos y la Comunidad y, sólo posteriormente, por la posibilidad de expandir las competencias de ésta en nombre de los derechos históricos. Las cuestiones básicas del debate afectan, en lo fundamental: a) al carácter exclusivo o no de las competencias que el Estatuto de Autonomía atribuye a los Territorios Históricos, entes que carecen de potestad legislativa, por lo que las normas que emanan de sus órganos disponen de carácter reglamentario, lo que plantea el problema de su relación con la ley; b) a la vinculación de los derechos históricos con la historia, y las eventuales consecuencias que se derivarían de la prueba del disfrute histórico de una determinada competencia; c) a la capacidad del título histórico para permitir una expansión competencial u organizativa que pudiera ir más allá de lo dispuesto en la Constitución o en el Estatuto, sin precisar reforma de una u otro.

No corresponde en este lugar comentar las interpretaciones propuestas y las soluciones jurisdiccionales aportadas en tales cuestiones[9]. Baste señalar que las dos primeras familias de temas se han resuelto sin mayor problema por parte de la jurisprudencia que, en lo fundamental, los ha abordado desde la lógica del principio de legalidad: las Normas Forales aprobadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos sólo pueden actuar en el marco que les confiere la ley, sea autonómica o estatal. Es cierto que ello otorga frecuentemente una amplia autonomía normativa a los Territorios Históricos, habilitados por un legislador estatal que, en numerosos casos, les reconoce un régimen especial invocando la adicional primera de la Constitución. Estas especificidades tienen especial importancia en materia fiscal, donde el principio de legalidad tributaria parece quebrar por el hecho de que sean Normas Forales, de rango reglamentario, las que aprueben los impuestos en Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Sin embargo, no existe tal quiebra: la particularidad foral es posible porque así lo establece una ley, la que aprueba el Concierto Económico, y porque la autonomía se ejerce en el marco reconocido por esa ley (que, por otra parte, desarrolla en esta materia lo que dice otra Ley Orgánica, el Estatuto de Autonomía del País Vasco).

La excepcionalidad derivada de título histórico se justifica hasta ahora, pues, por las decisiones adoptadas por los legisladores estatal o autonómico cuando actúan en el ámbito de su competencia, y sometidos al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

Problema distinto es el de las interpretaciones que acuden a la disposición adicional constitucional para justificar la posibilidad de exceptuar la aplicación de disposiciones constitucionales en las Comunidades Forales y en los Territorios Históricos vascos.

[9] He tratado el tema en J. CORCUERA, «Consecuencias y límites de la constitucionalización de los derechos históricos de los Territorios Forales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, 2003, pp. 237-270.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 72



## III. ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

El más importante defensor de estas ideas es Miguel HERRERO DE MIÑÓN, brillante jurista que ya estuvo en el origen de la primera enmienda foral presentada por el PNV en la constituyente. Sus tesis han sido citadas por el Lehendakari Ibarretxe en apoyo de su postura, y son normalmente el fundamento teórico de quienes, desde el derecho, las defienden[10].

Sus planteamientos descansan sobre la afirmación de que la Constitución no es sino la «formalización constitucional de unos fragmentos de historicidad previos al, e, incluso, protagonistas del proceso constituyente»[11]. La Norma Fundamental expresa un pacto sobre el 'status' de tres realidades preexistentes, la Monarquía, las libertades y las nacionalidades históricas, que «son su fundamento o raíces vitales»[12] y, por eso, «la constitución en sentido *positivo* remite así a la Constitución *sustancial*»[13].

La obligada carga de subjetivismo con que se define la Constitución sustancial relativiza la funcionalidad y seguridad de la constitución formal, siempre supeditada a bienes esenciales anteriores y superiores a ella. Lo fundamental es definido desde la política y ello da una extraordinaria libertad, al analizar el pasado, valorar el presente o hacer propuestas para el futuro, para afirmar qué sea lo trascendente.

Las nacionalidades históricas, uno de los elementos que definen la Constitución sustancial, son «cuerpos políticos nacionales, dotados de derechos originarios que son su propia Constitución histórica» y titulares de derechos históricos amparados por la Constitución[14]. Su foralidad implica «la afirmación de *una personalidad política originaria* (…) y una *relación paccionada* de dicha personalidad con terceros[15]». De lo primero se deduce que los derechos históricos no suponen competencias o recursos determinados, «no remiten a ningún haber o tener. Afirman el ser de una personalidad política singular e infungible»[16]. Por eso, su actualización «no

---

[10] Véase, por ejemplo, los trabajos de Iñaki AGIRREAZKUENAGA, «Qué grado de viabilidad jurídicopolítica se vislumbra al Pacto político por la convivencia presentado por el Lehendakari Ibarretxe», en *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP, Oñati, 2003, p. 371 que considera que la doctrina de Herrero podría servir para «materializar un modelo de cosoberanía libre y voluntariamente compartido», o el de Javier Caño, «Presente y futuro de la articulación política Vasconia-España»en el mismo libro, pp. 433-446 que, siguiendo a Herrero señala, entre otras cosas, que lo específico del Derecho Constitucional es «señalar alternativas jurídicas diversas para que la voluntad política administre, en cada caso, lo más conveniente a la integración y el consenso, ayudando a la resolución de los problemas» (cit., p. 436)..

[11] Miguel HERRERO DE MIÑÓN, «La Constitución como pacto», en *El valor de la Constitución*. Barcelona, Crítica, 2003, p. 40

[12], «La Constitución como pacto», cit., p. 38

[13] «La Constitución como pacto», cit., p. 40

[14] «Cosoberanía y Derechos Históricos (Artículo 1)», en *El valor de la Constitución* cit., página 71

[15] «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos (Adicional Primera CE)», en *El valor de la Constitución loc. cit*, p. 367.

[16] *Ibíd*. p. 373.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 73



consiste en modernizar, sino en pasar de la potencia al acto, es decir, extraer las consecuencias de la existencia de la personalidad política en cuestión a efectos de su construcción y organización política»: los derechos históricos no implican recuperación de instituciones del pasado, sino que son derecho de entes co-soberanos a definir su futuro actualizando sus derechos mediante pacto, sin más límite que el respeto a una Constitución sustancial de impreciso contenido.

El pacto de actualización ha de ser el instrumento para conseguir el «encaje constitucional» de la plurinacionalidad o, en el caso vasco, para acabar con los problemas que ha presentado su incorporación al Estado constitucional desde el siglo XIX. La magnitud y trascendencia de los problemas a solucionar obliga a utilizar fórmulas que una concepción normativa de la Constitución no podría admitir: «Cuando la finalidad de paz inherente y esencial al Estado pudiera ser mejor servida», es posible que el acuerdo político avale interpretaciones constitucionales extravagantes que permitieran, por ejemplo, «reconocer la exorbitancia, respecto del Título VIII, de determinados hechos diferenciales»[17]. Bastaría, para ello, interpretar que el «marco de la Constitución» definido como límite de la actualización de los derechos históricos, puede reducirse a la «unidad constitucional de la Monarquía»[18], es decir, a la Constitución sustancial, «y no a la totalidad de los diez títulos de la norma fundamental, lo cual haría reiterativa y vacía a la propia Disposición Adicional Primera»[19].

Gracias a ello será posible cerrar la pendencia del arreglo foral y acabar con las dificultades históricas que los vascos han tenido para convivir en una España constitucional. Para conseguirlo, basta convertir a la DA 1ª CE «en una plena exención de la Constitución, de manera que, al margen de la norma fundamental aunque conectada con ella, la actualización de los Derechos Históricos supusiera una Constitución propia de los titulares, cuerpos políticos al margen de la Nación española respecto de los cuales no se predicase la unidad de la soberanía del artículo 1.2.»[20]. Ello puede lograrse sin necesidad de cambiar la Constitución: la trascendencia de los fines pretendidos permite hacerlo, «reinterpretando e incluso forzando el sentido de los textos constitucionales», si existiera consenso para «reactivar» el pacto constituyente mediante una convención constitucional[21].

El planteamiento de HERRERO deja de situarse en el terreno de la pura especulación teórica (si alguna vez se movió únicamente en él), a partir del momento en que aparece la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, finalmente aprobada por mayoría absoluta del Par-

---

[17] «La Constitución como pacto», cit., p. 44.

[18] *Ibíd.* El entrecomillado corresponde al límite para el reconocimiento de los fueros establecido en la Ley de 25 de octubre de 1839.

[19] «Cosoberanía y Derechos Históricos (Artículo 1)», cit., página 72.

[20] «Cosoberanía y Derechos Históricos (Artículo 1)», cit., página 72.

[21] «La Constitución como pacto», cit., p. 44.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 74



lamento Vasco el 30 de diciembre de 2004. Sin entrar aquí en valoraciones sobre la oportunidad política de la medida, valga recordar que se trata de un texto que niega la aplicabilidad de determinados artículos de la Constitución en el País Vasco, modifica el funcionamiento de órganos del Estado en lo que toca a Euskadi, ignora el sistema de reparto competencial definido en la Constitución y supone, de hecho, una revisión constitucional alcanzada por la vía de la reforma estatutaria[22]. Pese a la entidad de los cambios propuestos, HERRERO lo considera «un proyecto respetuoso de la Constitución y del Estatuto de Autonomía» que «no puede, lícitamente, ser objetado y, menos todavía, descalificado como contrario a la norma fundamental o a las estructuras esenciales de un Estado democrático de Derecho, cuando su evidente pretensión es insertar en él a Euskadi»[23]. Se compartan o no tales evidencias, volvemos a comprobar cómo, para el citado autor, la finalidad política, cuando es plausible, permite ignorar a la Constitución.

La mutación de la Constitución fue un importante tema de estudio en el período de entreguerras, que recoge reflexiones sobre el mismo procedentes ya de la primera dogmática del derecho público alemán, más atenta ésta a la problemática de la mutación constitucional en sentido formal y más preocupada aquélla a su significado en sentido material[24]. Se trata de una cuestión que todavía mantiene su importante presencia en el constitucionalismo posterior a 1945, pero que empieza a tener un significado diferente a medida en que se consolida y estabiliza el sistema constitucional y con él la concepción normativa de la Constitución (abandonando, entre otras, la visión que subordina el texto constitucional a algún tipo de elementos sustanciales). Es obvio que las Constituciones cambian sin necesidad de cambiar su texto, es claro que las convenciones matizan, completan, desarrollan, permiten adecuarse a nuevas necesidades…, pero es igualmente claro que la vía para realizar modificaciones de tanta trascendencia como la que se plantea no es el acuerdo para admitir una convención constitucional que permita ignorar la reforma constitucional explícita, más aún cuando aquella parece precisar de un amplio consenso, que sería más que suficiente para conseguir ésta.

La historia constitucional aporta multitud de ejemplos que permitirían avalar la tesis de Herrero: es cierto que un acuerdo político amplísimo, sobre todo si está formalizado en un documento jurídico como un Estatuto de

---

[22] Puede verse una exposición de los aspectos constitucionales de la propuesta en Eduardo VÍRGALA, «La propuesta Ibarretxe: una ruptura constitucional encubierta», *Civitas Europa*, 12, 2004, pp. 241-265, o J.J. SOLOZÁBAL, «La suerte constitucional del "Plan Ibarretxe"», *Claves de razón práctica*, 150, marzo de 2005, pp. 44-50.

[23] Miguel HERRERO DE MIÑÓN, «España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe», en *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP, Oñati, 2003, p. 450.

[24] Véase, por todos, Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, Prólogo de Pablo LUCAS VERDÚ, IVAP, Oñati, 1998, considerado por su prologuista como «el estudio mejor sobre las mutaciones constitucionales que conozco».

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 75



Autonomía, podría suponer una reforma de la Constitución al margen de los procedimientos del Título X (siempre que pudiera soslayarse el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional). También por un amplio acuerdo se cambiaron las Leyes Fundamentales del franquismo al aprobar la Ley para la Reforma Política, pero con ello no se estaba haciendo un cambio en la Constitución, sino un cambio de Constitución. La elasticidad y la capacidad de adaptación del texto constitucional tiene su límite conceptual en el sistema constitucional establecido[25] y un acuerdo que, sin reforma de la Constitución, permitiera la puesta en marcha de algo semejante a lo previsto en la Propuesta del Lehendakari Ibarretxe, no sería una convención constitucional[26], sino una ruptura de la Constitución, fenómeno del que también existen numerosos ejemplos en la historia del constitucionalismo.

En resumen, la adicional primera de la Constitución ha permitido desarrollos normativos que han singularizado notablemente a la autonomía del País Vasco y de sus Territorios Históricos, pero de ella no pueden deducirse actuaciones contrarias a la Norma Fundamental. La foralidad nunca fue un sistema de libre adhesión, ni tal sistema cabe en la Constitución de 1978. Como señala Solozábal, la existencia de los derechos históricos «para el Estatuto supone un mínimo de contenido obligado y una fuente de legitimidad indudable en cuanto renovación, en 'tiempos de Constitución', del 'arreglo' foral. Pero los derechos históricos no denotan, ni pueden hacerlo, un poder político originario, de justificación extraconstitucional, sencillamente porque ello choca lógicamente con la idea irrenunciable de Constitución en cuanto decisión total e incondicionada, verdaderamente fundante, de la vida política de la comunidad.» (…) «Por tanto, los derechos históricos, que (…) son ciertamente una institución capital para nuestra Constitución, no pueden ser utilizados contra la Norma Fundamental, como un instrumento para obviarla, en sus decisiones competenciales, o rebasarla, en sus decisiones sobre los principios[27]».

## IV. DERECHOS HISTÓRICOS Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

El intento de transformar a los derechos históricos en capacidad de «una personalidad política (vasca) singular e infungible» para negociar con el Estado el sistema de vinculación que estime conveniente (y la aparente obligación de la otra parte a aceptar lo que se le proponga) es uno de los tres grandes principios en que intenta legitimarse el Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi[28]. Junto a él se encuentran el principio de

---

[25] LEIBHOLZ, *Wesen der Repräsentation*, cit. en HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, cit., p. 175

[26] Sobre el sentido del término, véase, por ejemplo, Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1974 (1ª ed.), pp. 514 y ss.

[27] Juan José SOLOZÁBAL, « La viabilidad jurídico-política del Plan Ibarretxe», en *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, cit., pp. 384-5.

[28] He tratado el tema en «Les présupposés de la proposition de statut politiqe de la communauté d'Euskadi. Légitimité vs. légalité», *Civitas Europa*, num. 12, juin 2004, Bruylant. Bruxelles, pp. 13-44.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 76



las nacionalidades y el derecho a la autodeterminación y, en vinculación con éste último, el principio democrático.

Los defensores del referido Estatuto Político de Euskadi repiten constantemente que nadie puede quitar la palabra al pueblo y que la mayoría lo puede todo. Ello lleva frecuentemente a invocar el principio democrático y apelar a la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá sobre el derecho de autodeterminación de Quebec. Idénticas referencias a dicha sentencia han servido para, añadiendo razones jurídicas a las políticas, afirmar que el principio democrático de la voluntad popular ha de primar a la hora de interpretar la Constitución sobre la letra de ésta[29],

Dejando de lado los problemas que tiene la definición del *demos*, cuestión tan complicada como la de definir el sujeto de la autodeterminación[30], me limito a realizar una breve referencia a una sentencia al parecer más citada que leída, que comentaré únicamente en lo que afecta al principio democrático. Recuerdo, en todo caso, que tanto en el Derecho Internacional y en la doctrina jurídica como en las declaraciones de carácter político, la autodeterminación se configura como derecho de los pueblos únicamente en el caso en que éstos estuvieran ocupados militarmente o sufrieran una situación colonial[31]. Por eso, «se considera que los pueblos realizan su autodeterminación en el marco del Estado existente al que pertenecen. El Estado cuyo gobierno represente el conjunto del pueblo o de los pueblos que residan en su territorio, en igualdad y sin discriminación, y que respete los principios de la autodeterminación en sus acuerdos internos, tiene derecho a mantener su integridad en virtud del derecho internacional y del reconocimiento de esa integridad territorial por los otros Estados»[32]. De hecho, ningún país democrático ha permitido determinar unilateralmente la secesión a una parte de su territorio[33].

Antes de seguir, es precisa una aclaración. El «Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi[34]» (en lo sucesivo EPCE) no propone la independencia, por lo que pudiera parecer fuera de lugar dedicar los próximos párra-

---

[29] Miguel Herrero de Miñón, «España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe», cit., p. 459.

[30] Me limito a remitirme al excelente trabajo de Alberto Pérez Calvo «El Plan Ibarretxe y su grave déficit democrático de partida», *Revista de Estudios Políticos*, número 126, diciembre 2004, particularmente pp. 16-26.

[31] Véase un lúcido tratamiento del tema en relación con el llamado «Plan Ibarretxe», en Alberto López Basaguren, «Les nouveaux détours du principe des nationalités? Autour de la Proposición de 'Nouveau Statut Politique' pour le Pays Basque», *Civitas Europa*, 12, 2004, pp. 79 y ss.

[32] Sentencia de Quebec. Apartado (3) Question 2. Puede verse en http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1998/vol2/html/1998rcs2_0217.html

[33] Stéphane Dion, Carta al Sr. Lucien Bouchard, 11 de agosto de 1997, en Stéphane Dion, *Una apuesta por el juego limpio. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Alianza, Madrid, 2005, p. 262. (cito el texto y la paginación de las pruebas de imprenta facilitadas por José Tudela Aranda, Secretario General de la Fundación Manuel Jiménez Abad, coeditora del libro, a quien agradezco su amabilidad).

[34] *Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi. Propuesta de reforma de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi aprobada por la mayoría absoluta del Parlamento Vasco en el pleno celebrado el 30 de diciembre de 2004*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2005

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 77



fos a analizar la existencia o no de un derecho a la secesión que no reclama el plan aprobado por el Parlamento Vasco. Pero es la posibilidad de la secesión lo único que puede valer como argumento para defender el llamado «Plan Ibarretxe», porque ni desde el terreno del derecho ni desde el de la política tiene sentido que una parte, en este caso Euskadi, pueda obligar al resto de España a mantener un tipo de convivencia basada en cláusulas que los demás no admiten. La quiebra de la solidaridad, la reforma de los pactos constitucionales y la afectación a las condiciones de vida de los restantes territorios y ciudadanos del Estado parece que sólo podría justificarse apelando a la voluntad democrática del *demos* vasco cuando lo que se desea es el divorcio, y no una ventaja unilateral que pretende alcanzarse prescindiendo de la voluntad de los todavía socios.

Veamos pues hasta qué punto pueden los pueblos, en nombre de la voluntad democrática de la mayoría de su población, invocar un derecho a la secesión.

La secesión no se define en el terreno del derecho, no existe un «derecho a la secesión». Desde la lógica jurídica, la quiebra de la comunidad política supone el final de un ordenamiento y el nacimiento de otro, lo que explica que Kelsen equiparara la secesión con la revolución[35]. Aunque tiene consecuencias jurídicas, la secesión tiene un estatuto primordial, aunque no exclusivamente, político, dado que se vincula con la legitimidad del poder, y no con la aplicación de un derecho reconocido. Dado este carácter político, la cuestión es ver cuándo la aspiración secesionista se convierte en una instancia legítima, por tener una justificación vinculada con un discurso moral, sea argumentando en nombre de la salvaguardia de la cultura propia, de la defensa de intereses económicos, de una historia que demuestra la inclusión forzada al orden estatal o, más sencillamente, de la regla de la mayoría, expresión del principio democrático[36]. En el caso de Estados democráticos, en que se respetaran los antes mencionados derechos de las minorías, éste sería el único argumento que pudiera implicar una justificación moral de la secesión, tanto ante el Estado del que se forma parte, como ante la comunidad internacional. Y, en la medida en que el principio democrático es un principio constitucional, permite plantear la cuestión de la secesión no sólo en el terreno moral, sino en el jurídico.

La resolución democrática de los problemas, en un Estado constitucional, ha de hacerse respetando los principios en que se basa su Constitución. Es verdad que la secesión con respecto a un Estado constitucional supone una ruptura de éste, pero ello no impide que tal quiebra haya de someterse a los principios de la Norma Fundamental todavía vigente. El principio democrático puede obligar a no ignorar una clara voluntad a favor de la independencia existente en uno de los territorios que lo integran, pero la re-

---

[35] Gaspare NEVOLA, «La politica della secessione», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, aprile 1998, p. 121.

[36] Gaspare NEVOLA, «La politica della secessione», cit., p. 130.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 78



gla de Derecho y los legítimos derechos de los demás nacionales tampoco pueden ser ignorados por quien intenta la secesión unilateralmente.

Entramos en cuestiones que fueron abordadas por el Tribunal Supremo de Canadá respondiendo a una consulta sobre el derecho a la autodeterminación de Quebec. Su sentencia, que ha inspirado muchos de los anteriores comentarios, aborda este tema y plantea, a mi entender, vías razonables para resolverlo[37].

En síntesis, el Tribunal afirma que ni la Constitución de Canadá ni el derecho internacional permiten a las instituciones de Quebec proceder unilateralmente a la secesión del Canadá. La Constitución canadiense no permite el recurso al referéndum para legitimar la secesión unilateral de Quebec, pues tal tipo de consulta no tiene efectos jurídicos en el régimen constitucional canadiense. Sin embargo, añade el Tribunal

> «pero un referéndum puede, ciertamente, suministrar un medio democrático para conocer la opinión del electorado sobre cuestiones políticas importantes en un caso preciso. El principio democrático (…) exigiría dar un peso considerable a la expresión clara por la población del Quebec de su voluntad de separarse del Canadá, incluso si el referéndum, por sí mismo y sin más, no tuviera ningún efecto jurídico directo y no pudiera por sí sólo realizar una secesión unilateral. Nuestras instituciones políticas están basadas en el principio democrático y, por lo tanto, la expresión de la voluntad democrática de la población de una provincia tendría peso, puesto que daría legitimidad a los esfuerzos que hiciera el Gobierno de Quebec para emprender un proceso de modificación de la Constitución orientado a realizar la secesión por vías constitucionales. En este contexto hablamos de mayoría clara en un sentido cualitativo. Para ser considerados como la expresión de la voluntad democrática, los resultados de un referéndum deben de carecer de cualquier ambigüedad tanto en lo que toca a la pregunta planteada como al apoyo recibido.» (Epígrafe 87).

Esto es, el Canadá, como Estado democrático que es, no podría ignorar la voluntad de una clara mayoría de la población de Quebec: «Un voto que concluyera en una mayoría clara en el Quebec a favor de la secesión, en respuesta a una pregunta clara, conferiría al proyecto de secesión una legitimidad democrática que todos los demás participantes en la Confederación tendrían obligación de reconocer».

Ello no permite olvidar los intereses de los restantes canadienses en este proceso: «el Quebec no podría, a pesar de un resultado claro en el referéndum, invocar un derecho a la autodeterminación para dictar a las otras partes de la federación las condiciones de un proyecto de secesión. El voto democrático, sea cual fuera la amplitud de la mayoría, no tendría en sí ningún efecto jurídico y no podría marginar los principios del federalismo y de la primacía del derecho» (Introducción, Apartado (2) Question 1).

---

[37] Entre la numerosa bibliografía sobre dicha sentencia, baste la cita de José Woehrling, «L'avis de la Cour suprême de Canada sur l'eventuelle secession du Québec», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1999, num. 37, pp3-27; Agustín Ruiz Robledo y C. Chacón, «El dictamen del Tribunal Supremo del Canadá sobre el derecho a la secesión de Québec», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 24, 1998, pp. 129 ss.; Juan Fernando López Aguilar, «Reflexiones a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Canadá acerca de la secesión de la provincia de Québec», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1998*, vol. IV, Pampolona, Editorial Aranzadi, 1998.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 79



Quebec puede aspirar a la separación si una mayoría clara de su población lo apoya, porque así parece exigirlo el principio de la democracia acogido en la Constitución canadiense. «La democracia, sin embargo, significa más que la simple regla de la mayoría. La jurisprudencia constitucional muestra que la democracia existe en el más amplio contexto de otros valores constitucionales. (...) La Constitución asegura el orden y la estabilidad y, en consecuencia, la secesión de una provincia no puede ser realizada unilateralmente, es decir sin negociaciones, fundadas sobre principios, con los otros participantes de la Confederación, en el marco constitucional existente».(Introducción, Apartado (2) Question 1)

En resumen: la secesión de Quebec sería posible si una mayoría clara de su población, contestando a una pregunta clara manifestara su voluntad de conseguirlo. Ello obligaría a un proceso de negociaciones para abordar los múltiples problemas que lleva consigo romper un Estado cuya unidad tiene varios siglos de vida: el reparto de servicios creados desde la lógica unitaria, la definición de los derechos de los habitantes de Quebec que desearan seguir siendo canadienses, el reparto del pago de deudas hasta entonces comunes… Todas las cuestiones pendientes: qué sea pregunta clara o mayoría clara y la valoración de la aceptabilidad de las condiciones a las que ha llegado la negociación, han de ser aceptadas por las instituciones federales correspondientes.

Por lo que toca a la pregunta, la claridad requiere que se plantee nítidamente si se desea o no la independencia: cualquier otra cuestión (si se quiere más autonomía, una más satisfactoria regulación de la relación mutua…) no permitiría a los ciudadanos asumir con claridad la trascendencia de la cuestión que se suscita. Por otro lado, abrir un proceso bilateral de redefinición de la relación con el Estado podría interesar a la posición de los demás territorios de la federación y tendría el riesgo de dar lugar a una situación que afectara al principio federal y a la solidaridad interterritorial.

La determinación de cuál sea la mayoría clara incorpora, obviamente, una valoración de carácter político que aconsejaría la previa determinación de los mínimos porcentajes requeridos, que habrían de exceder, en todo caso, el de la mayoría absoluta de la población.

La negociación, finalmente, no versaría sobre la búsqueda de acuerdos sobre vías alternativas a la secesión, sino sobre cuestiones que se ven afectadas por ésta. En el caso de Quebec, el Tribunal Supremo canadiense se planteó explícitamente, entre otros asuntos, la necesidad de abordar la situación de las poblaciones indígenas, particularmente las de determinados territorios de Quebec, que se habían manifestado frontalmente contrarias a la secesión, y que no debieran de verse arrastradas a una separación que no deseaban.

Como hemos dicho, la referencia a la Sentencia de Quebec es constante entre los defensores del llamado «Plan Ibarretxe», y su eco llega al texto aprobado por el Parlamento Vasco. En el artículo 13 del EPCE se plan-

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 80



tea la posibilidad de que la ciudadanía vasca se exprese en un referéndum para «alterar íntegra o sustancialmente el modelo y régimen de relación política con el Estado español», lo que parece referirse a la independencia. En tal caso, los vascos han de manifestar «su voluntad clara e inequívoca» y, de ser así, habrá de abrirse «un proceso de negociación para establecer las nuevas condiciones políticas». Pregunta clara, mayoría clara y negociación son los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo canadiense, y parecen ser elementos acogidos por el legislativo vasco. Pero se trata de una mera apariencia.

Por lo que afecta a la claridad de la pregunta, valga decir que de ninguna manera existe en el eventual referéndum que pudiera plantearse sobre el Estatuto Político aprobado por el Parlamento Vasco, que no propone la independencia, sino una imprecisa forma de libre asociación con España. En el supuesto regulado por el artículo 13 EPCE, puede entenderse que una de las maneras de realizar una alteración íntegra o sustancial del modelo de relación política con el Estado es la demanda de la independencia, situación en la que se daría la claridad requerida. Pero en tal caso, la «voluntad clara e inequívoca» de los vascos se supone cuando, simplemente, la propuesta es aceptada por «la mayoría absoluta de los votos declarados válidos», es decir, cuando se consigue la mayoría simple, lo que es, realmente, limitada exigencia.

Tal reducción de la mayoría clara a la mayoría simple contradice la lógica del Estado liberal y la del Estado DEMOCRÁTICO. Dada la entidad de la decisión, habría que recordar con ROUSSEAU que «cuanto más graves e importantes son las deliberaciones, más debe de acercarse a la unanimidad la opinión dominante»[38] y baste la cita de TOCQUEVILLE para recordar que la mayoría no puede hacer lo que quiera[39]. No es ahora cuestión de multiplicar las citas, y me limito a citar a KELSEN que, si defiende el principio de la mayoría, considera que la existencia de la minoría obliga al compromiso: «En último término, toda integración social no es posible sino en virtud de un compromiso. El juicio desfavorable y despectivo de que, con frecuencia, se hace objeto al compromiso y a las actitudes conciliadoras, no nace de la ideología liberal, no tiene nada que ver con la idea de la autodeterminación»[40]. Cualquier decisión de tanta trascendencia como la eventual secesión no puede realizarse sino tras un consenso claro y, de hecho, todas las secesiones realizadas por vía referendaria han ido precedidas de un consenso amplio[41]. Como ha señalado GARCÍA HERRERA, el consenso sobre la decisión política fundamental es la señal distintiva de la democracia y supone el triunfo decisivo de nuestra cultura

[38] J.J. ROUSSEAU, *Contrato Social*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, p. 127.

[39] «Considero impía y detestable la máxima de que en materia de gobierno la mayoría de un pueblo tiene el derecho a hacerlo todo», Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 236. Véase todo el epígrafe «Tiranía de la mayoría».

[40] Hans KELSEN, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, p. 413

[41] E. DION, *Una apuesta...* cit., p. 262, y p. 266

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 81



constitucional, por lo que es necesario prever un control que garantice el mantenimiento del acuerdo entre visiones políticas y sociales antagónicas, para no quedar a merced de mayorías coyunturales[42].

La negociación, en tercer lugar, también se separa de la doctrina canadiense en la materia. Para comenzar, habría que recordar que es el Parlamento federal quien valora la claridad de pregunta y de mayoría, y quien, tras una negociación, establece las circunstancias en que puede procederse a la independencia, o rechaza tal posibilidad. La garantía del respeto a los principios constitucionales (entre los que está, obviamente, el principio democrático) está en manos de las instituciones federales. En el modelo EPCE la decisión no está en el Estado, sino que se trata de una «negociación para establecer las nuevas condiciones políticas que permitan materializar, de común acuerdo, la voluntad democrática de la sociedad vasca». Como se planteará en la regulación de la reforma del Estatuto (artículo 17), es la voluntad del País Vasco el elemento predominante a la hora de definir el resultado final.

## V. NACIONALISMO Y LEY DE CLARIDAD

Como recuerda Juan F. López Aguilar, el ordenamiento canadiense se basa en una conjunción de constitucionalismo escrito y soberanía parlamentaria, de la que se deduce que, aunque no esté constitucionalmente prohibido acudir a una consulta popular directa, la trascendencia del resultado será sólo política, no siendo posible deducir de ella consecuencias jurídicamente relevantes[43]. Es posible que esa una de las razones que llevó a la aprobación de la Ley sobre la Claridad, de 29 de junio de 2000[44].

En su preámbulo, la Ley recuerda las circunstancias y el contenido básico de la sentencia del Tribunal Supremo, dejando de manifiesto «que toda proposición relativa al desmembramiento de un Estado democrático constituye una cuestión extremadamente grave y de una importancia fundamental para el conjunto de los ciudadanos de aquél», lo que lleva a establecer controles estrictos por parte de la Cámara de los Comunes sobre el proceso.

La iniciativa del procedimiento de secesión corresponde al Gobierno de la provincia, que presenta en la Asamblea legislativa de ésta el texto de la pregunta a plantear a sus ciudadanos. En el plazo de treinta días, la

---

[42] Miguel Ángel García Herrera, «Démocratie, État et Union Européenne dans la proposition de Statut Politique de la Communauté d'Euskadi», *Civitas Europa*, num. 12, juin 2004, p. 51.

[43] Juan F. López Aguilar, «Canadá y España. Una comparación desde el federalismo contractual», *Autonomies*, número 25, 1999, página 27.

[44] Presentado por el ministro Dion ante la Cámara de los Comunes, en diciembre de 1999, el Proyecto de Ley C-20 de «Loi donnant effet à l'éxigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec» (http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/ chambus/house/bills/government/C-20/C-20_1/90103bF.html o, en inglés, terminando 1/90103bE.html), fue finalmente aprobado por el Senado en la fecha señalada, con 52 votos a favor, 34 en contra, y 9 abstenciones. El Gobierno no admitió la introducción de enmiendas a su proyecto.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 82



Cámara de los Comunes determina si la pregunta es clara, es decir, si permite a la población de la provincia declarar claramente si quiere o no que ésta deje de formar parte del Canadá y se convierta en un Estado independiente. No existiría tal claridad si la pregunta implicara únicamente un mandato de negociar que soslayara la cuestión de la independencia, o si ofreciera, además de la independencia, otras posibilidades, como un acuerdo político o económico con el Canadá (lo que convertiría en ambigua la expresión de la voluntad de la provincia en lo que toca a saber su voluntad sobre dejar de formar parte de Canadá).

Si la Cámara considera que la pregunta no es clara, el Gobierno canadiense no puede establecer ninguna negociación sobre las condiciones para conseguir la secesión de una Provincia. Si la pregunta fuera clara, y el gobierno de una provincia, tras haberse realizado el referéndum sobre la secesión, quiere emprender negociaciones sobre las condiciones para la separación, la Cámara de los Comunes ha de determinar «si una mayoría clara de la población de la provincia ha declarado claramente que quiere dejar de formar parte del Canadá», tomando en consideración, para determinar la claridad del resultado, la importancia de la mayoría de votos válidos favorables a la secesión, el porcentaje de electores que han votado, y todas las demás circunstancias que estime pertinentes[45].

Dado que la Constitución del Canadá no prevé la posibilidad de que se produzca la secesión unilateral de una provincia, ésta requeriría una reforma de la Constitución. Tal reforma habrá de ser el resultado de negociaciones realizadas con la participación de los gobiernos del conjunto de las provincias del Canadá, y no podrá llevarse a cabo si, previamente, no han culminado negociaciones sobre las condiciones de la secesión, (y, particularmente, sobre el reparto de activos y pasivos, las eventuales modificaciones de las fronteras de la provincia, los derechos, intereses y reivindicaciones territoriales de los pueblos autóctonos del Canadá o la protección de los derechos de las minorías)[46].

### ¿Puede ayudar el ejemplo canadiense para abordar los problemas que plantea el Estatuto Político Vasco aprobado por el Parlamento Vasco en diciembre de 2004?

Existe una diferencia importante entre ambos casos: los nacionalistas vascos desean la independencia, han orientado su gobierno durante los veinticinco años de autonomía hacia la construcción de una comunidad nacionalista que ve a España como algo ajeno y, muy frecuentemente, como algo enemigo; y también han sabido siempre que casi la mitad de

---

[45] Tanto para decidir sobre la claridad de la pregunta, como sobre la claridad del resultado, la Cámara de los Comunes ha de escuchar a todos los partidos representados en la Asamblea de la provincia en cuestión, y tener en cuenta las declaraciones oficiales de los gobiernos o asambleas de las demás provincias o territorios, del Senado, y las demás que quisiera tomar en consideración.

[46] Véanse los efectos de la aprobación de la Ley de la Claridad, particularmente en el Québec, en el documentado trabajo de Esther Seijas Villadangos, «La tensión simetría versus asimetría en el devenir del federalismo canadiense», *RVAP*, número 61 (I), 2001, particularmente, pp. 221-232.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 83



la población no vota nacionalista, y que las encuestas dan un porcentaje de independentistas que no supera el 30%. Pero nada de ello ha afectado a una política que, particularmente desde 1997, ignora a los no nacionalistas. Saben que tendrá que pasar, al menos, otra generación para que pueda plantearse con alguna expectativa de éxito un planteamiento secesionista, y su política se orienta a que ello sea posible en ese plazo.

En consecuencia, no es el momento de una ley de claridad, porque los nacionalistas rechazarían la posibilidad de un referéndum sobre la independencia señalando que ellos no quieren ahora la pregunta clara: quieren «una relación amable» con España. Eso significa intentar ser lo más parecido a un Estado, y esto es lo que se suscita en el llamado «Plan Ibarretxe» donde España es poco más que la instancia que permite a Euskadi estar presente en Europa.

En cualquier caso, son útiles buena parte de las reflexiones formuladas por parte de los federalistas del Québec. Stéphane DION, padre de la Ley de la Claridad, defiende en la introducción de su libro *Una apuesta por el juego limpio*[47] la conveniencia de impulsar el debate sobre los procedimientos de secesión. DION rechaza los reproches de los federalistas que le echan en cara haber infringido dos supuestas reglas de oro. Sería la primera «cortejar a los nacionalistas con suaves palabras, decirles lo que supuestamente desean oír, es decir, dirigirles un discurso que conceda ventaja a varias tesis independentistas pero que no por ello preconice la independencia»; y la segunda, «no admitir nunca en público que el adversario podría ganar». Para sus críticos, quebrar la primera regla puede empujar hacia el campo independentista a indecisos, ufanos de su identidad francófona (léase vasca en nuestro caso), que pudieran verse heridos en su orgullo al insistir en los riesgos de las tentativas de secesión. Quebrar la segunda, podría suponer que hablar de la posibilidad de la secesión incrementara el número de sus partidarios: dar credibilidad a los independentistas aumentaría los riesgos de su triunfo, haciendo que admitir la posibilidad de la derrota actuara como una profecía que se cumple a sí misma.

Las pretendidas reglas de oro, dice DION, son falsas: «admitir que puedo perder es al mismo tiempo admitir que puedo ganar. Y si creo en la legitimidad de mi causa y de mis convicciones, no debería nunca tener miedo de aclarar el envite en todas sus dimensiones. La claridad y la franqueza son mis aliadas, la confusión y la ambigüedad, mis enemigas. En cuanto a los indecisos, no son 'mudos', son ciudadanos completos, en condiciones de revisar su concepción de las cosas con tal de que no se tema presentarles argumentos válidos. También son sensibles a la franqueza y al razonamiento. Resumiendo, el doble temor del revulsivo y de la *self-fulfilling prophecy* debe dejar de inhibirnos[48].»

---

[47] Stéphane DION, *Una apuesta por el juego limpio cit.*, pp. 24-25..

[48] S. DION, *Una apuesta por el juego limpio* (…). *cit.*, p. 25.

11065-084-Estado autonómico35 14/10/05 14:59 Página 84



Es posible que quienes chantajean continuamente pidiendo prebendas a cambio de no romper el Estado cometan, como dice DION, un grave error en el plano moral[49]. Es probable que no les importe mucho pero, pese a todo, «la secesión es un asunto demasiado serio como para que uno se sirva de ella como instrumento de mercadeo»[50], porque afecta a la solidaridad histórica entre las distintas Comunidades españolas y al disfrute de los derechos ciudadanos de buena parte de la población vasca. Por eso, y sin atreverme a afirmarlo rotundamente, quizá fuera bueno utilizar en España instrumentos que han servido en Canadá, para ayudar a que los nacionalistas vascos se enfrenten a sus propias responsabilidades: pregunta clara y mayoría clara o solidaridad constitucional en un marco que, como el de nuestra Constitución, permite al País Vasco un autogobierno muy superior al que podían imaginar los propios nacionalistas en 1977.

Las componendas intentadas hasta ahora, no han reducido las tensiones ni han facilitado la integración democrática de los nacionalistas vascos en la convivencia constitucional. La experiencia parece demostrar que la vieja lógica fuerista, tan útil históricamente a las Provincias, ha seguido siendo rentable. Pero ni el mantenimiento de los fueros permitió evitar la sublevación carlista, ni la excepción y las ventajas logradas en el último cuarto de siglo han llevado a los nacionalistas a comprometerse en la lucha democrática para aislar a ETA. La ventaja política ha permitido, más bien, reconstruir la comunidad nacionalista, dividir aún más a la sociedad vasca y limitar los derechos constitucionales de muchos no nacionalistas. Todas las referencias a Smend y todos los cantos a la integración parecen ignorar que son los nacionalistas quienes no quieren integrarse en una España hacia la que no sienten ninguna vinculación afectiva. Justificar su postura en nombre de los agravios históricos que han recibido los vascos es, sencillamente, un insulto a la inteligencia, y seguir exigiendo ventajas en nombre de los derechos históricos, del principio de las nacionalidades, de la democracia, o del derecho a la autodeterminación, no tiene sentido desde el punto de vista jurídico, ni puede seguir ocupándonos como juristas. Y tampoco tiene sentido desde el punto de vista político, ni podemos admitirlo como ciudadanos.

---

[49] S. DION, *Una apuesta por el juego limpio…. cit.,* p. 278. En la misma página, añade S. Dion, algo que puede ser traducido sin dificultad al País Vasco: «El separatista quebequés dice:'Yo no quiero tener lazos con los ciudadanos de Columbia Británica ni con los demás canadienses, salvo en lo que concierte a mis propios intereses económicos fríamente calculados. No quiero tener lazos de solidaridad nacional más que con los quebequeses».

[50] S. DION, *Una apuesta por el juego limpio* (…). *cit.,* p. 279.

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 85

# LA OFICIALIDAD DE LA LENGUA COMO PROBLEMA CULTURAL

**Miguel Revenga Sánchez**
*Catedrático de Derecho Constitucional*
*Universidad Carlos III*

## SOBRE EL INCIERTO SIGNIFICADO DE LA OFICIALIDAD LINGÜÍSTICA

Seguramente ningún factor es tan poderoso como la lengua a la hora de fundar identidades colectivas, o reivindicar estatutos multiculturales. Frente al carácter etéreo, difuso o dudoso de otros factores de cohesión, la lengua se nos aparece como un precioso patrimonio tangible, con relación al cual las demandas de respeto y protección apenas necesitan argumentos. Consideremos, por ejemplo, una de las teorías que más ha hecho en los últimos años por rectificar la proyección rigurosamente individualista del pensamiento liberal; me refiero a la «ciudadanía multicultural» de Will KYMLICKA. Las cinco primeras líneas de su obra clave parten de una constatación: la mayoría de los países son culturalmente diversos; y para probarlo, el autor canadiense aduce la existencia de no menos de 600 grupos de lenguas vivas –si hablara de lenguas, habría que multiplicar por diez– y 5.000 grupos étnicos repartidos (aunque en esto el dato resulta impreciso) en los 184 Estados independientes del mundo. Según KYMLICKA, en materia de lenguaje no cabe la «omisión bienintencionada» propia del liberalismo. Ésta se basa en la creencia de que basta el reconocimiento generalizado de derechos individuales para re-acomodar las diferencias que pudieran derivarse de la preterición histórica de ciertas minorías o grupos étnicos. Pero el indiferentismo de los poderes públicos («del gobierno», en la traducción que manejo) no es viable en materia de lengua, pues cuando se decide qué lengua se utilizará en la enseñanza pública, o en la provisión de los servicios estatales, se opta por apoyar y promocionar a cierta «cultura societal» (*sic*) en detrimento de otra.

Otro tanto en cuanto a la trascendencia del lenguaje como factor *adscriptivo* de diferenciación política, podríamos decir de la obra de Charles TAYLOR y su defensa de las «políticas del reconocimiento». Para TAYLOR –no por casualidad otro autor canadiense– la neutralidad de sistema jurídico, entendido como marco que posibilita la plasmación de diferentes concepciones del bien, resulta inservible cuando lo que se pretende es preservar el derecho de ciertos miembros de las generaciones futuras a continuar siendo, desde el punto de vista de la lengua que hablan, lo que fueron sus antecesores. Se trata de un modo de ver las cosas basado en peticiones de principio y, señaladamente, no en la idea de que es inob-

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 86



jetable, desde el punto de vista democrático, limitar los derechos para salvaguardar ciertos bienes (algo en lo que concuerdan «liberales» y «comunitaristas»), sino en la convicción de que hay objetivos singulares de grupos minoritarios, que exigen un acomodo, favorable a ellos, de la lectura de la declaración de derechos, tomada en su conjunto.

Oficializar una lengua, cualquier lengua es un ingrediente básico de la *emotio* del Estado Constitucional; quizá su ingrediente por antonomasia, pues la lengua es el cauce que posibilita la integración en el marco del Estado constitucional entendido como Estado de cultura (véase HÄBERLE). Pero la lengua no es, como el himno o la bandera, una creación artificiosa a la que se le reconoce un valor. Las lenguas son formaciones naturales asumidas por los individuos e incorporadas a su ser más íntimo (obsérvense las connotaciones emocionales de la expresión *lengua materna*) y, por eso, cualquier disposición constitucional relativa a ella es materia especialmente delicada. Al fin y al cabo, WITTGENSTEIN –para muchos el filósofo por excelencia del siglo XX– ya advirtió sobre las virtualidades del lenguaje como conductor de sentimientos y sobre la lengua como mapa de la realidad del mundo.

En rigor, podríamos decir que el concepto de lengua oficial es en sí mismo aberrante. Lo es en la medida en que se basa en el reconocimiento de la existencia de una «voz del Estado», separada conceptualmente del habla de los individuos, y a la que se le asigna una validez exclusiva y excluyente. Desde esa perspectiva la lengua oficial se presenta siempre en relación conflictiva con el sistema de los derechos propio del Estado constitucional, en el que cada persona, en su individualidad irrepetible (de la que es parte intrínseca la lengua en la que se expresa) merece el máximo respeto. Individualizar una lengua oficial carece, por otra parte, de sentido allí donde se da un monolingüismo *de facto*. Pero el monolingüismo es, como ya hemos dicho, una circunstancia excepcional. Y la existencia de una o varias lenguas hegemónicas, con reconocimiento de estatuto de oficialidad o sin él, acentúa la posibilidad de que los derechos lingüísticos de ciertas minorías se vean cercenados o debilitados. En este sentido, es ejemplar el artículo 17 de la Constitución finlandesa, donde en el seno de las disposiciones relativas a los idiomas nacionales, se incluye un mandato al legislador dirigido a salvaguardar los derechos de las personas que emplean el lenguaje por signos, y de aquellas cuya minusvalía provoca la necesidad de interpretación o traducción.

Oficializar una lengua es también, a menudo, un modo de reafirmar la identidad nacional. Así, por ejemplo, en la República de Irlanda, donde el artículo 8 de la Constitución proclama el irlandés como primer idioma nacional, y «reconoce» el inglés como «segundo idioma oficial». Pero lo más frecuente es que la oficialidad de una o de varias lenguas sea la respuesta constitucional a conflictos *de facto*, desatendidos quizá en el pasado, y para los que la oficialidad aparece en la letra de la Constitución cual bálsamo de Fierabrás, que exime de mayores garantías y/o desarrollos.

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 87



Porque para quien se aproxima a estas cuestiones básicas del «Derecho Constitucional lingüístico», con mirada que no es la propia de un iniciado en la materia, la primera perplejidad es constatar la falta de un concepto, si quiera aproximado, de lo que la oficialidad de una lengua pueda significar. Seguramente el estatuto de oficialidad de una lengua implica que se la reconoce como *lengua vehicular* para las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos. Tal es la perspectiva del Tribunal Constitucional en la STC 82/1986 («es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos»). Pero eso se queda en la superficie de las cosas. Lo importante es entender cuál es el alcance del compromiso que los poderes públicos adquieren con una determinada lengua cuando es reconocida como oficial; y en estrecha relación con ese aspecto de la cuestión, cuáles son las consecuencias que comporta la oficialización de una o más lenguas sobre el estatuto jurídico (y la suerte en la práctica) de otras lenguas habladas en el mismo ámbito territorial, pero no reconocidas como oficiales.

Para dilucidar ese tipo de cuestiones no sirven los conceptos de lengua (o lenguas mayoritarias) frente a lengua (o lenguas) minoritarias. Entre otras cosas, porque a poco que se profundiza en el contenido de la oficialidad y en las implicaciones de ella sobre los derechos lingüísticos de las personas, más difusa se vuelve la dicotomía entre lenguas oficiales y lenguas minoritarias. Y –cabría decir– cuanto más amplio es el campo de estudio, aún circunscrito a un ámbito geográfico, por ejemplo Europa, y a una *zona de especialidad*, por ejemplo, las disposiciones *capilares* de la Constitución, con mayor claridad se evidencia que la oficialidad no es una categoría unívoca. De hecho, en tal ámbito geográfico, el de la *gran Europa* de los 45 Estados que pertenecen al Consejo de Europa, hay Constituciones sin declaraciones lingüísticas, y Constituciones (o disposiciones de rango constitucional) que recurren a categorías tan dispares como la de «lengua oficial», «lengua de Estado», «lengua nacional», «lengua de la República», «lengua principal», «lengua propia», «lengua equiparada», «lengua de relación interétnica», y «lengua de población autóctona» (véase RUIZ VIEYTEZ, 2004).

El repertorio es, como se ve, amplio, y permite conjeturar que el recurso a la oficialidad de la lengua, u otras categorías equiparables, representa hoy, antes que otra cosa, un reconocimiento de la diversidad y el pluralismo lingüísticos, esto es, un factor de integración, y no de exclusión. El afianzamiento global de unas pocas lenguas de comunicación de alcance universal, con el inglés a la cabeza, tiene como contrapartida el compromiso con la diversidad lingüística y las políticas de protección de las lenguas minoritarias, en tanto que realidad amenazada. Lo acredita la *sensibilidad europea* (Carta Europea de las lenguas regionales y minoritarias, que entró en vigor en marzo de 1998) y (ya en el ámbito de la Unión)

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 88



Declaración de 2001 como Año Europeo de las Lenguas. Y lo expresan de manera tangible los artículos I-3.3, II-81 y II-82 del flamante Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, con su compromiso de respeto hacia «las diversidades» culturales, religiosas y lingüísticas.

A la vista de lo que tales textos dicen, cabría plantear qué hay que entender por lenguas «regionales y minoritarias». Porque si damos crédito a la definición consuetudinaria que suele darse de ellas, y que reproduce, por ejemplo, el Parlamento Europeo en su Propuesta, de 14 de julio de 2003, sobre creación de una Agencia Europea de la Diversidad Lingüística y el Aprendizaje de Lenguas («lenguas utilizadas tradicionalmente por sectores limitados de la población del Estado en cuestión, excluidos los dialectos de la(s) lengua(s) oficiales, las lenguas de los inmigrantes o las lenguas de reciente creación»), las perplejidades se multiplican: ¿se excluyen recíprocamente los conceptos de lengua oficial y lengua regional o minoritaria? Si se excluyen, ¿representa la oficialidad de las lenguas europeas un nuevo (e importantísimo) factor de surgimiento de lenguas minoritarias? ¿Cómo se traza la divisoria entre lengua minoritaria y dialecto de lengua oficial? ¿Se compadece con el respeto a la diversidad cultural negar en términos absolutos el carácter de lengua minoritaria a la(s) lengua(s) que puedan hablar entre nosotros millones de inmigrantes? ¿Y hay algún requisito de mínimos (semejante al temporal) en cuanto al arraigo de la lengua?

Para hablar de la oficialidad como problema cultural se impone situarse en un contexto, y elegir la perspectiva. Porque no es lo mismo plantear la cuestión desde el convencimiento de que las lenguas, toda lengua y cualquier lengua, ha de ser defendida por los poderes públicos frente a los riesgos de desaparición (o degeneración) que puedan afectarlas, que hacerlo desde el escepticismo (o la hostilidad) con respecto a las interferencias estatales en un fenómeno esencialmente dinámico y espontáneo, como el de la comunicación lingüística. Y tampoco es igual pensar en abstracto sobre la oficialidad de la lengua como marca distintiva de la acción estatal, que analizar el asunto desde el plano de los problemas que plantean, en un contexto determinado, las *políticas y las prácticas lingüísticas de la oficialidad*.

## LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN...

Lo primero que se presenta dudoso, en un somero análisis de lo que nuestra Constitución dice al respecto, es la propia existencia de un modelo de oficialidad lingüística; un modelo acabado, se entiende, porque retazos de él no faltan, aunque son del todo insuficientes. A las disposiciones en materia de lengua les ocurre, me temo, lo mismo que a otros muchos aspectos de una Constitución con más de un cuarto de siglo a sus espaldas: que valen más por lo que representaron cuando fueron aprobadas, que por su capacidad para afrontar satisfactoriamente los problemas que hoy tenemos planteados.

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 89



El posicionamiento inicial, el que aparece en el Preámbulo, no puede ser más generoso: la Constitución desea proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de sus lenguas. Un deseo que se traslada al artículo 3, con sus tres Apartados; uno para connotar lo que se estima que ya existe, esto es, el *factum* de que el castellano (especie del género lengua española) es la lengua oficial del Estado. Otro, para trasladar *pro futuro* a las «respectivas» (*sic*) Comunidades Autónomas la responsabilidad de establecer en sus Estatutos el régimen de co-oficialidad de «las demás lenguas españolas». Y un tercero para recalcar el compromiso del Preámbulo, sólo que aquí referido no ya a las lenguas, sino a las «distintas modalidades lingüísticas de España».

Cualquier disposición de una Constitución de consenso, como lo es (felizmente) la española, es una presa fácil para las puyas irónicas de los lingüistas, los amantes de la precisión en el lenguaje y los *letraheridos* de toda condición. No es fácil convencerlos de que, en materia constitucional, la ambigüedad es muchas veces virtud, y nada suelen saber de las aportaciones del norteamericano Cass SUNSTEIN sobre el uso creativo del silencio, y los beneficios que reportan, en el texto y en la interpretación del Derecho Constitucional, los «Acuerdos Teóricos Incompletos» (*Incomplete Theorized Agreements*).

Por poner un ejemplo: el recientemente laureado SÁNCHEZ FERLOSIO, en un escrito en defensa de la denominación como castellano de la lengua oficial, incluye una amplia digresión cuyo objeto es denostar el uso del presente de indicativo en el artículo 3.1 de la Constitución, un tiempo verbal denominado por él, en ese concreto contexto, «presente *anagnóstico*», por su cualidad de notificar a alguien el contenido de algo. A juicio de FERLOSIO, semejante proceder es impropio de cualquier norma jurídica, pues la ley no puede referirse a nada que esté fuera de ella y sea, en tanto que tal, susceptible de verificación. Ella, la norma, es precisamente la que establece aquello de lo que decimos que «ya es», por lo que el tiempo del lenguaje normativo es, por naturaleza, el caracterizado por el autor de *El Jarama* como «futuro *decretivo*».

Aunque valdría la pena profundizar en las razones del abundante empleo del tiempo verbal presente en los textos constitucionales y especialmente en las Declaraciones de derechos –circunstancia a la que a veces nos referimos invocando el valor *performativo* de las disposiciones constitucionales– lo que llama la atención, a propósito del artículo 3, es la yuxtaposición de aquello que se constata y aquello que se estatuye, quizá porque los constituyentes tuvieron la oficialidad del castellano por algo tan enraizado, que consideraron innecesaria la llamada a cualquier refuerzo o desarrollo normativo distinto del que ya le dispensa con toda la fuerza de su rango (y la solemnidad del emplazamiento) el propio texto constitucional.

Pero ésos son *divertimenti* sin mayor trascendencia. Lo que parece más importante es que el artículo 3 «despache» la proyección de la oficialidad

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 90



sobre lo que de verdad importa, esto es, la vertiente subjetiva de la oficialidad, entendida como fundamento de un sistema concreto de derechos lingüísticos, mediante el recurso a una categoría en cierto modo fallida (todos tienen el deber de conocer la lengua oficial), y cobre de inmediato una deriva *territorial* que no sienta fundamento, ni da pista alguna, sobre el contenido y el alcance mismo del régimen de la co-oficialidad.

Que el deber constitucional de conocer el castellano es, como la mayor parte de los llamados deberes constitucionales, una declaración sin más sentido que dar cobertura expresa a una hipotética intervención del legislador es algo que aparece implícitamente reconocido en la STC 74/1987 (caso *derecho a intérprete en las diligencias policiales*). Bien sé que esa resolución, como todas, ha de ser leída en su contexto, pero no deja de ser significativo que el FJ 3 de la misma dispense al susodicho deber constitucional, el trato de una débil presunción *iuris tantum*, que se desvanece simplemente mediante la alegación verosímil de desconocimiento.

Pero, como decimos, el «enjambre normativo» dispuesto en el artículo 3, con sus tres Apartados, no elimina la sensación de que todo lo referido a la oficialidad lingüística y las lenguas de España es, desde la perspectiva estrictamente constitucional, *terra ignota*. No vale decir que hay allí una mera norma atributiva de competencias, la que difiere a los Estatutos la regulación de la co-oficialidad, pues no parece que ésa pudiera ser la función de una norma de ese carácter y con ese emplazamiento. Más bien parece que, establecido lo evidente, lo que hace el artículo 3.2 es abrir un marco de posibilidades tan amplio e indeterminado como sea preciso para eludir el planteamiento de las cuestiones verdaderamente decisivas. En materia lingüística, la divisa constitucional podría plantearse en estos términos: «Somos monolingües, pero algunas partes podrán ser bilingües». Lo cual significa que la Constitución trasluce una visión *promocional y desentendida* del bilingüismo: es amplísima en lo que pueda tener de sustento para la actuación autonómica dirigida a la materialización del bilingüismo y, al propio tiempo, es miope en lo relativo a los derechos lingüísticos y decididamente opaca (o más bien *ciega*) en cuanto al concepto mismo «lenguas de España».

Las «lenguas de España», cuyo nombre la Constitución no menciona, no tienen más presencia en ella que la del artículo 20.3, para comprometer el acceso a los medios de comunicación dependientes del Estado, y la de la Disposición Final, para prever la publicación en las mismas del texto constitucional. Entre esta última, y el frontispicio del artículo 3, las oportunidades para mencionarlas son tan abundantes, que el silencio de la Constitución resulta llamativo. Nada en el artículo 14, al establecer las «categorías sospechosas» de discriminación, ni en el resto de la declaración de derechos, algo que, con un precedente tan directo como el del artículo 50 de la Constitución de 1931, resulta especialmente llamativo en el caso del artículo 27, que es además el más prolijo de todo el Título I; nada en el Título de la Corona, sede idónea para haber hecho de la re-

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 91



ferencia a las lenguas un importante elemento de la función simbólico-integradora de la jefatura del Estado. Nada en cuanto a la publicación de las leyes, o el uso de las lenguas de España en las Cortes Generales y, sobre todo, en el Senado, como Cámara de representación territorial. Nada tampoco en el Título del Poder Judicial, ni en el Título VIII, más allá de la referencia (típicamente *promocional*) al fomento de la enseñanza de la lengua, que pierde, por cierto, en el 148.1.17, el carácter de lengua de España, para pasar a llamarse «lengua de la Comunidad Autónoma».

Para qué seguir; una Constitución que reconoce el pluralismo lingüístico, y admite la existencia de lenguas y modalidades lingüísticas de España, no debería haberse limitado a plasmar casi retóricamente el derecho a usar (y el deber de conocer) la lengua del Estado, dejando todo lo demás a la imprevisible lógica de desarrollo del Estado compuesto y la diversidad de sus políticas lingüísticas.

## ...Y LA PERSPECTIVA AUTONÓMICA

La parquedad del constituyente a la hora de extraer consecuencias del sintagma lenguas de España, puede entenderse como expresión del deseo de no sobrecargar la agenda política de la hora constitucional. Pero eso no deja de ser una conjetura o una falacia *post hoc*. Porque en 1978 España era ya un país multilingüe y notablemente complejo desde el punto de vista sociolingüístico; en rigor ya entonces, como ocurre hoy, en el «mapa» del castellano predominaban, con mucho, las regiones con algún grado de diglosia, entendida ésta no en el sentido riguroso de dos lenguas desiguales en prestigio, sino en el más laxo (y de mayor aceptación hoy) de situaciones lingüísticas en las que coexisten dos variedades idiomáticas, una destinada a la comunicación formal y predominantemente escrita, frente a otra de carácter informal y oral.

Los Estatutos de Autonomía nada dicen de este último fenómeno (aunque en el de Aragón, tras la reforma de 1996 se expresa el compromiso de los poderes públicos hacia la protección de las «lenguas y modalidades lingüísticas propias»). Y en los Estatutos de las nacionalidades y regiones bilingües (País Vasco, Cataluña, Galicia, Valencia, Islas Baleares y Navarra) la visión promocional de la co-oficialidad de la lengua propia tampoco deja mucho espacio para los derechos lingüísticos. Aunque tal tendencia admite variantes: la presencia del derecho a no ser discriminado por razón de lengua es una constante, sin más excepción que la del Estatuto de Cataluña, donde la Generalidad garantiza, en cambio (artículo 3º.3), «el uso normal y oficial de los dos idiomas», y se compromete a crear «las condiciones que permitan alcanzar su plena igualdad en lo que se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña». Allí aparece además otro compromiso de respeto y protección y enseñanza con respecto al «habla aranesa». Otros Estatutos (Valencia, Aragón y, de manera especial, Navarra) dan relieve al problema del

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 92



arraigo geográfico de una u otra lengua, contemplando la «zonificación» como una especie de guía maestra de la política lingüística y un sustitutivo de las garantías jurídicas subjetivas.

Mención aparte merece el caso de Asturias. El Estatuto no reconoce allí co-oficialidad al bable, pero se compromete a darle protección y a promover su uso «respetando en todo caso las variantes locales y la voluntariedad en su aprendizaje», un compromiso que ha sido objeto de desarrollo mediante la Ley 1/1998 del Principado, «de uso y promoción del bable/asturiano», cuya aplicación se hace extensiva, en igualdad de condiciones, al gallego-asturiano.

Si nos atenemos a los Estatutos, tenemos, pues, dos Comunidades tri-lingües (Cataluña y Asturias) y seis bi-lingües (País Vasco, Galicia, Valencia, Islas Baleares, Aragón y Navarra). Pero, desde el punto de vista puramente cultural, el panorama es más complejo, y no sólo, como ya hemos dicho, porque las situaciones de diglosia, más o menos acentuada, estén generalizadas –Andalucía y Canarias son dos claros ejemplos de autonomías con *diglosia ortográfica*– sino porque hay lenguas con arraigo y que carecen, pese a lo que dice el Preámbulo y el artículo 3.3 de la Constitución, de cualquier tipo de reconocimiento legal, «general» o «autonómico». Así ocurre, por ejemplo, con el castúo en Extremadura, el panocho en Murcia, o la lengua leonesa, ésta hablada en extensas zonas de las provincias de León y Zamora, y que (paradójicamente) sí tiene reconocido en Portugal (Ley 7/1999, de 29 de enero) estatuto de co-oficialidad (en su variante mirandés) en los municipios de Miranda do Douro y Vimioso.

El panorama lingüístico español es así bastante más complejo de lo que puede aparentar en una visión superficial. Tras más de dos décadas de actividad de los poderes autonómicos dirigida a «promocionar», «normalizar» o «equiparar» las lenguas propias, se estima que un porcentaje de la población española en torno al 40 por ciento vive en un entorno efectivamente bilingüe. Las leyes autonómicas en materia lingüística, con correcciones muy puntuales por parte del Tribunal Constitucional, han dado pasos muy razonables para impedir que la presencia de una lengua propia y oficial, además del castellano, se convierta en una fuente inagotable de conflictos o agravios comparativos.

La sensación de que la co-oficialidad de dos o más lenguas no representa obstáculo alguno para la convivencia, me parece que está bastante difundida, y aún acentuada por el fenómeno de la inmigración. Quienes tienden a no reconocerlo así, suelen ser quienes conciben el habla como la mera exteriorización y profesión de fe en un determinado credo político, o bien quienes ignoran paladinamente lo que el estatuto de oficialidad implica para una lengua. En tales condiciones, la verdadera anomalía radica en pretextar la existencia del castellano como lengua común, para continuar empeñados en relegar las demás lenguas de España al limitado ámbito de su correspondiente terruño. No se ajusta a

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 93



la normalidad que la publicación (parcial) del BOE en todas las lenguas españolas sea cosa muy reciente, ni que todavía haya páginas *web* de ciertos órganos e instituciones, que practican el desdén hacia la riqueza de nuestra pluralidad lingüística.

En su muy citado discurso ante las Cortes, de 18 de septiembre de 1931, sobre las lenguas hispánicas y a propósito de la oficialidad del castellano, Unamuno, después de hacer abundantes chascarrillos en euskera, y tras citar, en su correspondiente lengua, poemas de Curros Enríquez, Joan Maragall, y Vicente Wenceslao Querol, solicitaba a las regiones «que nos conquisten; que nos conquistemos los unos a los otros». Y concluía: «yo sé lo que de esta conquista mutua puede salir; puede y debe salir la España para todos».

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Los trabajos de KYMLICKA y TAYLOR a los que me refiero al inicio del texto son, respectivamente, *Ciudadanía multicultural* (Barcelona, Paidós, 1996) y «La politica del riconoscimento» en TAYLOR y HABERMAS, *Multiculturalismo. Lotte peri l riconoscimento*, Milán, Feltrinelli, 1998. La referencia a HÄBERLE está tomada de su libro *El Estado Constitucional* (México, UNAM, 2001), especialmente, pp. 280 y ss. El trabajo de RUIZ VIEYTEZ es «Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado», que fue su contribución (disponible en la Red) al *II Mercator Internacional Symposium: Europe 2004, A New Framework for All Languages?* La obra en la que SUNSTEIN desarrolla su tesis sobre los «Acuerdos teóricos incompletos» es *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996. Y el trabajo de Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO al que me refiero en el texto está en su libro recopilatorio de ensayos *El alma y la vergüenza*, Barcelona, Destino, 2000. El trasfondo de mis (atrevidas) incursiones en materia sociolingüística está en dos libros cuyas tesis contrapuestas han reverdecido en los últimos tiempos como consecuencia de la polémica sobre el catalán y el valenciano, y el problema de la oficialidad de las lenguas en la Unión Europea; me refiero a las obras de Miguel SIGUÁN, *España plurilingüe*, Madrid, Alianza, 1992, y Juan Ramón LODARES, *El paraíso políglota*, Madrid, Taurus, 2000. De éste último, y a propósito de tal polémica, pueden verse sus artículos de opinión «Español SA», *El País*, 19 de julio de 2004, y «El precio de las gramáticas», *El País*, 7 de diciembre de 2004, y las airadas réplicas de Albert BRANCHADELL, «El valor del reconocimiento», *El País*, 20 de diciembre de 2004, y de Llorenc COMAJOAN y Joan SOLÀ, «El precio de las comunidades», *El País*, 21 de enero de 2005.

11085-094-Estado autonómico36 14/10/05 15:03 Página 94

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 95

# DE LA DIVERSIDAD DE LAS LENGUAS (ESPAÑOLAS) EN LA UE

**Antonio López Castillo**
*Titular de Derecho constitucional*
*Universidad Autónoma de Madrid*

## PRESENTACIÓN

Quiero expresar mi agradecimiento a los organizadores por la amable invitación a este Congreso conmemorativo del vigésimo quinto aniversario del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País vasco; para la ocasión, me ha parecido particularmente indicada alguna consideración preliminar sobre la (un tanto) desatendida cuestión de la presencia de las lenguas (españolas) en el complejo (decisorio e institucional) constitucional de la Unión[1].

Lógicamente, con carácter previo a toda valoración a propósito del estado actual y perspectivas de futuro de esta presencia del castellano y de las otras lenguas (no exactamente minoritarias) de España (II), conviene perfilar, siquiera a grandes trazos, los elementos identificadores del régimen iuscomunitario de las lenguas (I), desde los inicios, con el ya extinto Tratado de París (TCECA), pasando por las paradojas de una concurrente multiplicación de las lenguas oficiales, consecuencia de las sucesivas ampliaciones, y una progresiva decantación en la práctica institucional de unas lenguas de «trabajo», hasta llegar a la más reciente deriva hacia la superación ocasional de los principios vertebradores de la disciplina de las lenguas en este vasto espacio de la integración europea[2].

Por último, como es de uso ordinario, se apuntarán algunas consideraciones finales, a modo de conclusión (III).

## I. DEL RÉGIMEN LINGÜÍSTICO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN PERSPECTIVA

### I.1. DE LOS PRINCIPIOS DE UN MULTILINGÜISMO RADICAL INSTITUCIONALMENTE MODULADO

Tradicionalmente, desde el histórico Reglamento 1/58 del Consejo, el régimen lingüístico (RegL) ha venido descansando, una vez superada la

---

[1] A propósito del sentido final de esta formulación me permito remitir a mi *La Constitución de Europa a debate. Estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*. IDP / Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

[2] A título ilustrativo cfr., entre los autores españoles, M. Siguán, La Europa de las lenguas. Alianza Ed. Madrid, 1996; y, en lo demás, F. Coulmas (ed.): A Language Policy for the European Community. Prospects and Quandaries. Mouton / de Gruyter. Berlín, 1991; S. Wright, Community and Comunication. The role fo language in Nation State Building and European Integration. Multilingual Mathers. Clevendon, 2000.

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 96



formal preeminencia del francés en el TCECA[3], en una igualitaria caracterización de las lenguas de los sucesivos Estados miembros de las Comunidades Europeas (CC EE) y de la Unión Europea (UE) –en paulatino aumento, desde los cuatro idiomas de la Europa de los seis, hasta la veintena larga que se refleja en el artículo IV-448.1 TCUE–, como las lenguas oficiales y de trabajo de unas Instituciones que, *ex* artículo 6 del citado RegL, quedarían habilitadas al efecto de la eventual modulación del régimen lingüístico al determinar las modalidades de su aplicación en los respectivos Reglamentos internos; a destacar, por lo explícito de su previsión, en el artículo 7 RegL, el particular régimen lingüístico del procedimiento ante el Tribunal de Justicia (TJ).

Este principio de igualdad lingüística tiene su proyección en una doble exigencia de publicación oficial de las disposiciones de general aplicación en las diversas lenguas oficiales (artículos 4 y 5 Regl) y de garantía de comunicación con los Estados miembros y (sus) ciudadanos en su propia lengua oficial (artículos 2 y 3 RegL) lo que, en supuestos de cooficialidad lingüística, *ex* artículo 8 RegL se determinaría atendiendo a las previsiones de los respectivos ordenamientos estatales.

Esta *desconstitucionalización* de un régimen lingüístico articulado mediante Reglamento, adoptado por la unánime decisión del Consejo de ministros, según lo dispuesto en el artículo 290 TCE (217 TC(E)E, anterior), vendría a quedar incluso reforzada, *ex* artículo III-433 TCUE, mediante una explícita reserva de Reglamento que, en el contexto de la novación de la tipología normativa, no sería ya el equivalente de los actuales *reglamentos*, tipos normativos que con el TCUE pasarían a denominarse *Leyes europeas*, sino un específico y diferenciado tipo normativo, de formal naturaleza reglamentaria pero desatado de mediación legislativa, en atención a lo inmediato de su conexión al TCUE que expresamente le reserva la regulación del régimen lingüístico de la UE; en realidad, y al margen de su posible consideración como ley en sentido material, formalmente se trataría de un *reglamento autónomo*.

La paradoja aun resultaría enfatizada si se atiende a la significación de una materia que, más allá de la problemática relativa al grado de observancia de una interdicción de discriminación por razón de la lengua, sobre la que manifiestamente se avanza mediante el TCUE, vendría a incidir en la línea medular de la identidad de los (más o menos complejos) pueblos de los Estados miembros.

Que ello no es de otro modo, bien puede constatarse a la vista de la reciente reacción frente a la situación lingüística resultante de la segunda ampliación de la UE, a partir de 1 de mayo de 2004 (práctica duplicación del número de lenguas oficiales, algunas minoritarias y, en algún caso,

[3] Se partía entonces de una versión oficial (francés) y otras tres versiones oficiosas (alemán, italiano, neerlandés; el luxemburgués apenas ha alcanzado un (cierto) nivel de oficialidad interna en el año 1984).

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 97



como el maltés, co-oficiales) por parte de algunos de los Estados miembros que, por diversas razones habían consentido, acaso porque ni siquiera se lo habían llegado a plantear seriamente, la aceptación de un régimen de excepción (en cierto sentido, discriminatorio) para alguna de sus lenguas co-oficiales; ese habría sido el caso tanto a propósito del gaélico, *lengua del Tratado* pero no oficial, en el sentido ya indicado, y en alguna medida también del luxemburgués que, no obstante la mejora de su estatuto nacional, frente al francés y al alemán, no se cuenta entre las *lenguas del Tratado*, como de otras lenguas que, no obstante su (delimitada) cooficialidad estatal –así, en particular, las otras lenguas españolas–, no aparecerían en un primer plano normativo, sino de forma indirecta, en la medida en que estuviesen siendo partícipes de programas comunitarios[4].

Pero antes de insistir en lo novedoso de una situación que en cierto modo alcanzaría ya el plano formal, mediante adición de un segundo párrafo, en el artículo IV-448 TCUE, en virtud de una reacción española, conviene clarificar, en lo posible, los perfiles del efectivo desenvolvimiento del régimen lingüístico en el proceso de integración europea, a la vista de la efectiva práctica seguida en el marco de las instituciones, principales (Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Consejo de ministros, Comisión y Tribunal de Justicia) y secundarias (Banco Central Europeo, Tribunal de Cuentas), sin olvidarse de otros órganos (consultivos), organismos o agencias.

## II. DE LOS ELEMENTOS DE QUIEBRA FORMAL Y EFECTIVA SUPERACIÓN DEL MULTILINGÜISMO

### II.1. A PROPÓSITO DEL RÉGIMEN LINGÜÍSTICO EN EL MARCO PENTA(HEPTA)INSTITUCIONAL

Lo primero que se ha de subrayar, en este punto, es la evolutiva emergencia en el proceso de ampliación y profundización del proceso de integración europea de una diferenciación, no *de iure*, entre lo que sean las lenguas oficiales (o, a estos efectos, del Tratado) y aquellas de entre esas que *de facto* devienen lenguas de trabajo, es decir, vehículos efectivos de comunicación intra- e interinstitucional.

Así, si se atiende a la práctica seguida en las cinco (principales) instituciones integrantes de una planta institucional que, a partir de la futurible entrada en vigor del TCUE, vendría a superar ya su prístino y característico

[4] En esta línea de diferenciación gradual de la dinámica presencia de las lenguas en el espacio integrado *vide*, por otros, A. de Elera, «Unión Europea y multilingüismo», en Revista española de derecho europeo (REDE) 9, (enero-abril), 2004.
Y en el marco de un meritorio ensayo de proyección inversa de la idea de las lenguas de trabajo al ámbito municipal en relación con la compleja problemática derivada de la creciente presencia de los llamados geronto-inmigrantes comunitarios, cfr. A. Rodríguez, «No sólo mis derechos. Las lenguas comunitarias en los «lugares europeos de retiro»», en M. Echezarreta Ferrer (ed.): *El Lugar europeo de retiro*... (*en prensa*).

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 98



«cuadripartismo»[5], cabría diferenciar en lo sustancial dos modelos, el uno, operativo en el seno de las instituciones políticas, en el Consejo Europeo y en las integrantes de la tríada decisoria, PE, Consejo de ministros y Comisión europea (a); y relativo, el otro, ya en el ámbito de lo jurisdiccional, al Tribunal de Justicia (b).

a) Un modelo de formal plurilingüismo y selectivo bi-/trilingüismo. En este primer grupo pueden tomarse en consideración, no sin algunos matices, particularmente a propósito del PE, las cuatro instituciones políticas ya referidas.

La variante más asentada, parece la de un trilingüismo que, con ciertas variantes, se practica en los Consejos, Europeo y de ministros, y en la Comisión.

En relación con los Consejos, Europeo y de ministros, cabe subrayar la existencia de una doble modalidad de trilingüismo que, en el contexto de reuniones informales, ha venido descansando en un sistema basado en la adición de la lengua de la presidencia de turno a las lenguas francesa e inglesa, y que, en el marco del funcionamiento ordinario de las estructuras infraordenadas, en particular, en las reuniones de los representantes permanentes, estaría decantando en el uso, junto a las lenguas francesa e inglesa, del idioma alemán –esquema que ha hecho, asimismo, suyo alguna secundaria institución, como el Tribunal de Cuentas–; por lo demás, en las reuniones relativas a la política exterior y de seguridad común y sobre asuntos generales la economía de esfuerzos parece estar llevando a una práctica de inmediato y directo bilingüismo, en francés e inglés.

Acaso por la fuerza de esta tendencia, se advierte la persistencia de ocasionales episodios reactivos por parte de otras significativas lenguas oficiales que, por no perder su condición de lenguas (siquiera secundarias) de trabajo, periódicamente se manifiesta, de forma más o menos publicitada, mediante quejas por parte de los correspondientes representantes gubernamentales ante la falta de la debida traducción de los documentos de trabajo al italiano, holandés, polaco o español, por ejemplo[6].

Aun más clara parece la evolución en el seno de la Comisión europea, en donde a la utilización tradicional del francés pronto se sumó, desde la primera ampliación de las CCEE, la lengua inglesa y, no sin una decidida intervención política *berlinesa*, se viene asentando el empleo adicional del alemán, como tercera pata del trilingüismo en el seno de una Comisión que, a partir de la efectiva complicación lingüística resultante de la

[5] *Vide*, a propósito de esta caracterización de la especificidad institucional comunitaria, P. Pescatore, «L´executif communautaire: justification du quadripartisme institué par les Traités de Paris et Rome, en Cahiers de Droit Européen (CDE), 1978, págs. 378, sigs.
Del «pentapartismo» institucional me ocupo, desde otra perspectiva, en mi contribución («De la (doble) legitimación de la *ConstUE* y de su reflejo en la planta institucional de la Unión»), en X Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, sobre *La Constitución Europea*, en Zaragoza, 2004 (pendiente de publicación por el *CEPC*).

[6] Se recordará, como una de las ocasiones recientes, la protesta por parte del Ministro español de asuntos sociales, seguida de la suspensión y aplazamiento de la programada reunión del Consejo de ministros, como consecuencia de la falta de temporánea remisión de la documentación traducida al idioma castellano.

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 99



actual existencia de una veintena de lenguas oficiales, habría comenzado a poner de manifiesto una línea política de proyección *ad extra* de ese régimen de trilingüismo, sobre la base de un discurso de eficiencia (y pragmatismo, acreditado en la restrictiva producción documental en otros idiomas, hasta porcentajes que rondan en torno a un magro 1%) que, sin desconocer los costes, no sólo económicos, de la pequeña babel que habría devenido la UE, dejan planteadas cuestiones radicales a propósito de los principios vertebradores de un régimen lingüístico que ha de operar en un marco ciertamente alejado del inicial.

Salvadas las exigencias de principio de publicación de disposiciones generales en todas las lenguas oficiales y de comunicación con particulares y Estados en sus respectivas lenguas, y aun sin desconocer los esfuerzos en el seno de muchas comisiones por servirse de criterios objetivos, como el sorteo, u objetivables, como el relativo desconocimiento de las lenguas en cuestión, o simplemente pragmáticos, como el de disponibilidad de intérpretes, al efecto de permitir su efectivo funcionamiento, lo cierto es que la Comisión europea ha dado muestras de querer proyectarse también *ad extra* como una institución trilingüe, al ensayar recientemente el exclusivo empleo de inglés, francés y alemán por parte de sus portavoces en las ruedas de prensa.

Semejante superación del *status quo*, habría encontrado la inmediata oposición por parte de los portavoces y representantes políticos de otras lenguas oficiales que, cada una en su singularidad, ya sea porque se trate de lenguas originarias de la integración, como es el caso del neerlandés, ya sea porque se trate de lenguas habladas por un significativo número de personas, tanto en el espacio europeo (sería el caso del italiano, en torno a sesenta millones de hablantes, o el del polaco y el español, en torno, en ambos supuestos, a los cuarenta millones de hablantes) como, en su caso, en el resto del Mundo, lo que, tanto como al inglés y, en medida decreciente, al francés, concerniría ya sólo al español (por lo demás, con exclusión del idioma alemán, y no sin advertir acerca de la significativa presencia en diversos continentes de lenguas que en Europa serían minoritarias, como la otra lengua ibérica, el portugués).

Sin haberse cerrado del todo esta cuestión, la Comisión ha comprometido políticamente su criterio de tratamiento como lenguas de portavocía de la Comisión, en la medida de lo posible, de esas otras lenguas significativas y, acaso, de alguna(s) otra(s) en virtud de algún tipo de rotación; no estando cerrada la cuestión, habría de quedar aquí ya el comentario, no sin advertir previamente acerca de la familiaridad que la Comisión puede tener con un régimen semejante de penta-/heptalingüismo, en un ámbito como el de oferta pública de empleo, en virtud de la tendencia a la publicación de los criterios de selección en lengua española e italiana y en las otras tres lenguas de trabajo de la Comisión[7].

[7] En la medida en que de ello pudiera resultar vulneración de los derechos ciudadanos no han faltado propuestas de supervisión de esas prácticas, mediante articulación de una específica figura

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 100



En el caso del PE, lo cierto es que junto al pluralismo lingüístico derivado de la presencia de la plétora de las lenguas oficiales que se hace manifiesto en las sesiones plenarias, convive un creciente mono-/bilingüismo en el seno de las comisiones, delegaciones y grupos de trabajo, en los que la búsqueda de compromiso lingüístico generalmente fragua en el empleo del inglés o/y francés; situación que aun se viene a complicar, como consecuencia de una práctica duplicación, aun pendiente de ulteriores añadidos, no ya sólo como consecuencia de futuras ampliaciones, sino incluso de propuestas como la surgida desde España (*vide* en epígrafe II).

En esta perspectiva, se ha de recordar la fallida propuesta de efectiva reducción del número de lenguas de trabajo a cinco lo que, en aquel momento (mediados los noventa), adelantaba un esquema de pentalingüismo, sobre el que se volvería ya en otro contexto, y en el que a las integrantes de la más asentada variante trilingüe, se proponía sumar las otras dos lenguas más habladas, la italiana y la española[8].

b) El modelo de formal plurilingüismo y práctico monolingüismo. Expresivo de la especificidad del régimen lingüístico del TJ es, dicho sea sin perjuicio del empleo como lenguas de procedimiento de todas las lenguas oficiales (y del Tratado) que son, asimismo, las de publicación de sus resoluciones (operando siempre como texto auténtico el de la lengua del procedimiento), la práctica adopción de la lengua francesa como la lengua de trabajo *ad intra*, en el proceso de deliberación que ha de conducir a la adopción de resoluciones en las diversas formaciones del TJ; esta condición de *lingua franca* se advierte, asimismo, en la regla de traducción al francés de la documentación aportada al proceso; como quiera que el secreto de esas deliberaciones y de las indicaciones de autoridad que las actualizan son desconocidas no es posible confirmar algunas noticias expresivas de la firmeza que una tradición semejante ha sido capaz de evidenciar en el funcionamiento del TJ, ante la (transitoria) discapacidad lingüística de algunos de sus miembros.

Con todo, un uso propio de la Europa a seis, se hace más difícil de mantener en la Europa ampliada sin cesar, desde los nueve, hasta los actuales veinticinco, por no hablar de los que están por llegar, con Bulgaria y Rumania a la cabeza; más que indicio, prueba de esta dificultad actual sería el manifiesto avance, particularmente en el seno del Tribunal de Pri-

---

mediadora en el seno, tanto de la Comisión, como de otras instituciones (cfr., en esta línea, la propuesta de creación de una especie de defensor de las lenguas (*médiateur linguistique*), en D. Pieters, *The languages of the European Union* (*Las lenguas de la Unión Europea*), accesible desde <http://europa.eu.int/futurum/forum/...>.

[8] La propuesta (*vide*, en Resolución PE, sobre el uso de las lenguas oficiales en las instituciones de la UE, de 19 de enero de 1995) sería contestada de plano y rechazada, tanto en atención al principio de igualdad de todas las lenguas oficiales y de trabajo, característica de la cultura y la civilización política europeas y elemento expresivo de la pluralidad y riqueza culturales de Europa, como en consideración al principio democrático y a la práctica indisociabilidad de la representación política respecto de las lenguas, sin excluirse tampoco otras consideraciones críticas respecto de los argumentos de tipo técnico o / y presupuestario.

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 101



mera Instancia, del idioma inglés, en sustitución de la tradicional lengua francesa.

Este modelo de formal plurilingüismo y práctico monolingüismo operativo *ad intra* en el TJ tiene una proyección ampliada en el seno de alguna otra institución secundaria, cual es el caso del BCE, dicho sea sin perjuicio del principio general que necesariamente rige en materia de publicaciones oficiales de (instrucciones y) disposiciones normativas.

Por razón de la materia y no obstante su sede *francfortiana*, desde el inicio de su andadura (1999), el BCE vendría empleando de hecho el inglés, y no sólo *ad intra*, sino también *ad extra*, en sus comunicaciones interinstitucionales en el ámbito de la UE y en relación con otras entidades externas, como una lengua de uso excluyente[9].

## II.2. A PROPÓSITO DEL RÉGIMEN LINGÜÍSTICO EN LA OFICINA DE ARMONIZACIÓN DEL MERCADO INTERIOR (OAMI)

En cuanto a los nuevos organismos creados, mediante derecho derivado, al efecto de atender determinadas responsabilidades, de naturaleza científica, técnica o/y de gestión, sin perjuicio de la relativa observancia de las reglas ya decantadas en la práctica institucional[10], se advierte la irrupción de algunos rasgos de (relativa) originalidad; es el caso, en particular, de la disciplina lingüística de la OAMI, en la que se habría puesto en conjugación un novedoso régimen de multilingüismo, en virtud del cual las demandas relativas a marcas comerciales se dirigirían a la Oficina formuladas en alguna de las lenguas oficiales y en alguna de las cinco lenguas de trabajo de la Oficina (inglés, francés, alemán, español e italiano) que serán, por su parte, las únicas lenguas empleadas en los procedimientos de oposición y anulación y en las comunicaciones con los demandantes.

Si ello representaba o no una superación de la regla en virtud de la cual los ciudadanos se relacionan con la Administración comunitaria mediante la lengua de su elección, en todos aquellos supuestos en los que la lengua propia de los particulares concernidos no viniese a coincidir con alguna de las cinco lenguas de trabajo de la Oficina, no iba a tardar mucho en plantearse

Ante la negativa de la OAMI a registrar una marca comunitaria solicitada en neerlandés, sin la preceptiva referencia adicional a alguna otra de las lenguas de trabajo, una ciudadana de la Unión, de esa nacionalidad, cuestionó la compatibilidad de esta modalidad de pentalingüismo

---

[9] Concretando así la genérica previsión reglamentaria de empleo de «una (sola) de las lenguas oficiales...» (*vide*, en DO L 125, de 19 de mayo de 1999, modificado ulteriormente).

[10] Así, por ejemplo, la Oficina europea de patentes se sirve del modelo trilingüe, generalmente operativo en el seno de la Comisión; la Oficina comunitaria de variedades vegetales opera, con sus formularios, con un sistema abierto, más próximo del empleado en la oferta pública de empleo (inglés, francés, alemán, español, neerlandés,... ); etc... (cfr. otras referencias en <http://europa.eu.int/agencies/index_fr.htm>).

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 102



con el principio radical de la igualdad de las lenguas oficiales y de trabajo, ante la jurisdicción comunitaria que tanto en primera instancia como en casación restringió esa exigencia de igualdad de las lenguas a las instituciones integrantes de una planta institucional, de la que la OAMI no formaría parte, declarando apropiada y proporcionada la previsión sobre las lenguas de procedimiento de la Oficina establecida mediante el artículo 115 del Reglamento CE 40/1994, del Consejo[11].

Queda así de manifiesto que en atención a la expresa previsión reglamentaria de este específico régimen lingüístico, a diferencia de lo que podría ser el caso en el marco de la planta institucional de la UE, no podría llegar a considerarse aquí la hipótesis de mala administración, controlable por el Defensor del Pueblo[12], como consecuencia de una desatención de requerimiento no ya en una lengua oficial distinta de las de trabajo, sino incluso en una ajena al Tratado, como las cooficiales españolas, por ejemplo, porque se hubiese ello previsto en un código de buena conducta administrativa.

## III. DE LA PROYECCIÓN EUROPEA DE LAS LENGUAS DE ESPAÑA

*Ex* artículo I-10. 2 d), en relación con el artículo II-101 y el artículo III-128, TCUE, queda claro que el derecho ciudadano a dirigirse a las instituciones y órganos consultivos de la Unión recabando una determinada información y a recibir de ellos una respuesta en la misma lengua, se circunscribe a las «que se enumeran en el artículo IV-448.1»; es decir, alemán, checo, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés (lengua del Tratado), italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués y sueco[13].

### III.1. DE LAS OTRAS LENGUAS (COOFICIALES) ESPAÑOLAS

De esta práctica multiplicación de las lenguas propias del Tratado se han venido a derivar, como es de ver, algunas consecuencias por lo que hace a la presencia europea de (otras) lenguas que, no obstante su estatuto de (delimitada) cooficialidad en el orden constitucional de (otros) Estados miembros, habían permanecido ajenas al espacio político de la integración.

---

[11] *Vide*, en detalle, STJ de 9 de septiembre de 2003, as. C-361/01 P, *Kik* accesible desde <http://curia.eu.int>, dictada en casación de STPI de 12 de julio de 2001, as. T-120/99, Ch. Kik/OAMI, en Rec. II-2235, sigs.

[12] A propósito, me permito remitir a mi contribución («Derechos fundamentales y estatuto de ciudadanía de la UE»), en III Congreso ACE, Barcelona, 21 / 22 de diciembre de 2004, accesible desde <http://www.rediris.es> (versión anterior, en lengua inglesa, *en prensa*).

[13] Las instituciones y órganos consultivos contemplados en la letra d) del apartado 2 del artículo I-9 son los que se enumeran en el apartado 2 del artículo I-19 y en los artículos I-30 (BCE), I-31 (Tribunal de cuentas) y I-32 (CR y CES), y el Defensor del Pueblo Europeo»; a propósito del parcial solapamiento de esta previsión con lo previsto en el artículo III-128 TCUE, *cfr.* A. Rodríguez, «No sólo mis derechos. Las lenguas comunitarias... » *cit.* (nota 4), pág. 54.

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 103



Particular desencadenante de esta reivindicación de un lugar al sol por parte de esas otras lenguas podría haber resultado el reconocimiento del estatuto de lengua oficial al maltés, no obstante la (preferente) presencia del inglés, también lengua oficial, en Malta; en notorio contraste, por lo demás, con la asumida introspección ducal del luxemburgués, en atención a la posición de preeminencia del alemán y el francés, y, en relación ya con Estados no fundadores, con la tolerada modulación del estatuto del gaélico, o lengua irlandesa, y con la simple postergación de las otras lenguas españolas, distintas del castellano, que como otras lenguas cooficiales en otros Estados miembros, legítimamente aspiran a convertirse en lenguas oficiales o/y del Tratado.

a) Consideraciones preliminares. A propósito de la situación española, por ejemplificarlo en un solo caso, bien podría destacarse la significación, siquiera sea por lo que al número de hablantes se refiere, de una comunidad lingüística, la catalana, que se extiende por el Noreste y el levante español, peninsular e insular, está presente en amplias zonas del sureste francés, e, incluso, en alguna localidad sarda, y como lengua oficial en el Principado de Andorra, al menos desde su ingreso en la organización de naciones unidas (ONU), formalmente se afirma en el espacio lingüístico internacional.

Así pues, atendidos estos datos objetivos, resulta ciertamente chocante comprobar que lenguas cooficiales habladas en España por millones de personas carezcan de un estatuto formal reconocido, desde el pasado día 1 de mayo de 2004, a otros idiomas, ya no sólo minoritarios, como el letón o el esloveno, por ejemplo, sino incluso subsidiario respecto de (la) otra lengua oficial y, en alguna medida, concurrente con la vecina lengua italiana.

A la reivindicación de una presencia en la UE de las otras lenguas españolas, ciertamente podría oponerse que el diverso grado de su reconocimiento resulta de una voluntad, inexistente en un caso y presente por lo que al maltés se refiere, entre las partes; cierto es, desde luego, pero no lo es menos que, en la fase final de la negociación de ingreso de España en las CC EE, no sólo es que el mapa político autonómico apenas se hubiese cerrado sino que además existía un cierto precedente, el de renuncia irlandesa a la plena equiparación lingüística con el inglés del *gáelico*, minoritaria lengua (co)oficial en *Eire*, y el horizonte de la práctica duplicación de lenguas oficiales, que sólo la ulterior caída del telón de acero finalmente ha posibilitado, pues mediados los ochenta ni siquiera se vislumbraba.

Al margen, pues, del énfasis mayor o menor que en ello se ponga (desde el Gobierno español se ha insistido, sobre todo, en la novación del Derecho primario que el TCUE comporta), a nadie escapa que con la práctica multiplicación de las lenguas oficiales, la situación lingüística en la UE habría cambiado radicalmente; y ello lo acreditaría tanto la iniciativa irlandesa en pro de una plena equiparación de su lengua vernácula a las demás lenguas oficiales, como la decisión anunciada ya al inicio del estío por el entonces flamante Gobierno español, de replantear la situación en la UE de las otras len-

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 104



guas cooficiales en España, el catalán, el gallego y el vascuence[14], en la perspectiva de su reconocimiento, como lenguas oficiales y de trabajo.

Considerando estas iniciativas, tiempo atrás he sostenido la conveniencia de acoger favorablemente unas iniciativas estatales que, de no encontrar acogida, podrían sentirse llamadas a denunciar un tratamiento discriminatorio de sus hablantes, innecesario y, acaso, carente de justificación objetiva alguna; y ello, aun cuando en buena técnica jurídica aun cupiera aducir la falta de ajustado término de comparación, puesto que los co-oficiales (minoritarios) reconocidos serían idiomas de Estados que, en su condición de tales, habrían devenido miembros de pleno derecho de la UE.

Ante la obviedad de ese tipo de respuesta simple, no debiera ocultarse la gravedad del mensaje que la misma encerraría, pues –si de España se trata– la superación de una situación semejante habría de llevar bien a una reforma constitucional al efecto de declararlas obligatorias, como el castellano, mediante reforma estatutaria en las respectivas CCAA, como efectivamente se habría llegado a plantear en el debate político en torno a la debatida reforma de algunos Estatutos de Autonomía[15], como paso previo a la asunción de una co-oficialidad extensiva al conjunto del país y, en su caso, proyectable al espacio propio de la Unión, o bien, en hipótesis ya extrem(os)a, dar pábulo a la superación de esa insatisfactoria situación de las lenguas concernidas por la vía de hecho en su día seguida por las repúblicas bálticas (actuales miembros) y balcánicas (miembros actuales y futuribles) para independizarse de las repúblicas federadas de la *URSS* y *Yugoslavia*, extintas en el proceso de aquella (más o menos traumática) revolución.

Estas otras lenguas españolas han sido objeto, a instancia del Gobierno español, de un cierto (y mediatizado) reconocimiento mediante la previsión, *ex* artículo IV-448.2 TCUE, de la posibilidad de ser traducido «a cualquier otra lengua que determinen los Estados miembros entre aquellas que, de conformidad con sus ordenamientos constitucionales, tengan estatuto oficial en la totalidad o en parte de su territorio (para lo que l)os Estados miembros interesados facilitarán una copia certificada de estas traducciones que se depositará en los archivos del Consejo»[16].

---

[14] Estas lenguas, por lo extenso de su territorio, conocen variantes dialectales (en dos de los casos, a uno y otro lado de los Pirineos), algunas de las cuales sostienen su propia caracterización como lengua diferenciada (sería el caso, en el ámbito de la lengua catalana, del denominado *valenciano*; vid. una traducción al *valenciano* del TCUE, en <http://www.la-moncloa.es>, que recuerda la traducción de la entonces reciente CE (1978) a las variantes, peninsulares e insulares, del catalán -*vide* en <http://www.cepc.es>-).

[15] En esta línea apunta, por ejemplo, una controvertida propuesta de reforma del EAC, en discusión, más próxima de modelos lingüísticos como el suizo que de la compleja realidad española refleja *ex* artículo 3 CE, en donde se articula una gradación que va del castellano, lengua española oficial del Estado (1.), a las demás lenguas españolas, oficiales en sus respectivas CCAA (2.) y aun alcanza a las distintas modalidades lingüísticas de España que, como integrantes de su patrimonio cultural, serían objeto de respeto y protección (cfr., desde la perspectiva comunitaria de la UE, la previsión de una equivalente exigencia de respeto, *ex* artículo I-3.3, in fine, TCUE, de «la riqueza de su diversidad cultural y lingüística»).

[16] Lo que efectivamente se produjo, mediante presentación y depósito en la Secretaría General del Consejo de Ministros, de versiones del TCUE en las otras lenguas co-oficiales españolas, catalán/va-

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 105



Pero, como bien habría venido a evidenciar el *Memorandum* del Gobierno español, de 13 de diciembre de 2004, de *solicitud del reconocimiento en la Unión Europea de todas las lenguas oficiales en España*, esto habría sido sólo un primer paso en el proceso de reconsideración del estatuto y efectiva presencia en este ámbito de las (otras) lenguas oficiales españolas[17].

b) Del pretendido reconocimiento en la UE de las otras lenguas (cooficiales) de España. Mediante el referido *Memorandum*, el Gobierno español ha puesto sobre la mesa una demanda de oficialización en el *pluriversum* lingüístico de la UE de una realidad concerniente aproximadamente a una cuarta parte de los nacionales españoles, aquellos que en su relación con las Administraciones públicas españolas (estatal, autonómica y local) tienen el derecho a servirse de lenguas distintas del castellano pero, *ex* artículo 3 CE, también oficiales en las Comunidades Autónomas (CC AA) de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Aunque la motivación de la propuesta gubernamental parezca centrarse, en lo sustancial, en la línea de advertencia de una continuidad de comunicación con sus Administraciones de unos ciudadanos nacionales españoles hablantes de otras lenguas oficiales, distintas del castellano, que, en su relación con la Administración propia de la UE, quedaría truncada, en su articulación trasciende manifiestamente del objetivo de permitir a estos ciudadanos (bilingües) el uso de otra lengua oficial española, distinta del castellano, en su relación con la Administración de la UE.

Y ello no ya sólo porque se trate de reconocer esta facultad en relación con otras instituciones, órganos consultivos y Defensor del Pueblo[18], sino porque, trascendiendo la dimensión de administrados, esta proyección lingüística se vendría a reconocer a los españoles hablantes de otras lenguas cooficiales, se tenga o no una conciencia clara de ello, en su condición de titulares de derechos políticos mediatamente representados en el PE, en el Comité de las Regiones (CR) y, en su caso, en aquellas formaciones de los Consejos de Ministros en las que, como miembro integrante de la delegación española, pudiese participar algún representante de las CCAA.

Pues bien, si es notorio que la pretensión de brindar un cauce oficial a la plural expresión lingüística española en el CR responde a un criterio de mediatizada representación territorial, resulta ya menos claro el sentido de la proyección lingüística en el plenario del PE y en las sesiones de los

---

lenciano, en textos de idéntico tenor (Cataluña, Valencia Islas Baleares), gallego (Galicia) y euskera o vascuence (País Vasco), con fecha 4 de noviembre de 2004.

[17] Pendiente de negociación en la UE a lo largo de los próximos meses, en la perspectiva de un posible acuerdo (ligado por el Gobierno español a la suerte del proceso de ratificación del TCUE) a lo largo de 2005. Entre tanto, al parecer es intención del Gobierno autonómico valenciano recurrir este Memorandum ante el TS, sobre la base de una controvertible consideración ex lege del valenciano como lengua «independiente de cualquier otra lengua oficial» (vide noticia en «http://elpais.es/buscadores/articulo/20050204elpval_3/Tes/elpepiautval/»).

[18] Sin olvidarse, por supuesto, de la promoción de estas otras lenguas españolas que resultaría de su plena (e indiscriminada) incorporación al programa *Lingua* de la UE (*vide*, inciso final de la «Propuesta» contenida en el glosado *Memorandum*).

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 106



Consejos de ministros abiertas a la participación integrada de una representación de las CCAA.

En cuanto a la proyección de las otras lenguas españolas a las formaciones del Consejo de Ministros en las que pudieran tener una representación las CCAA[19], la cuestión resultaría problemática *ad extra* y *ad intra*; es decir, ya no sólo por tratarse de un foro representativo de los Estados miembros, sino por la dificultad de representar la pluralidad de intereses autonómicos a integrar con los nacionales en su conjunto mediante una lengua propia sólo de una(s) cierta(s) parte(s) de España y no mediante la lengua común de los españoles; sin perjuicio de la pertinencia de semejante argumento a propósito de la expresión de la diversidad lingüística española en los foros estatales de agregación de intereses o/e integración de posiciones, tales como las conferencias sectoriales o/y el Senado, lo que parece fuera de duda es su manifiesta justeza si de la participación española en el Consejo de Ministros de la UE se trata.

Llama la atención, por ello, que en la propuesta planteada por el Gobierno de la Nación en *Memorandum* no se haga consideración alguna de la distancia mediante entre el tipo de representación (estatal) que se manifiesta en los Consejos de Ministros y el propio de la (in)específica plataforma de participación institucional de las entidades (sub)estatales, sin perjuicio de la modestia competencial, tanto por la función (consultiva) como por las materias (restrictas) sobre las que preceptivamente (otra cosa serán las iniciativas propias) se ha de pronunciar el CR.

En este punto, se está tentado de dudar si, al redactar el *Memorandum*, en la sala de máquinas del Gobierno de España se ha sido plenamente consciente sobre el sentido y alcance que para la integración, propia y de la UE, comporta una propuesta semejante; y si es que no se ha ponderado la pertinencia de una depuración regional del llamado CR como específico (y complementario) foro territorial, en cuyo seno bien podría preverse con naturalidad la intervención de los representantes (de las CCAA) en castellano y en las otras lenguas españolas, pues contrasta manifiestamente la conocida resistencia española al avance en el reconocimiento de atribuciones complementarias al CR y esta predisposición para abrir a las otras lenguas españolas el proceso decisorio o, de otro modo, el núcleo político de la planta institucional de la UE[20].

---

[19] Con fecha 14 de diciembre de 2004, se ha convenido, mediante el *Acuerdo sobre participación de representantes de las CCAA en los Consejos de ministros de la UE*, la apertura de la delegación española a miembros de ejecutivos autonómicos, a designar por las respectivas Conferencias sectoriales en representación de las CCAA, en cuatro de las actuales formaciones del Consejo de ministros de la UE; cfr., con referencias adicionales, mis complementarias contribuciones («Intervención del Gobierno en la toma de decisiones comunitaria: intra- e intergubernamentalidad» y «El derecho comunitario entre competencias estatales y atribuciones regionales (ponencia española: Algunas consideraciones desde la perspectiva del complejo ordenamiento del Estado de Comunidades Autónomas»), en M. Aragón / A. Gómez (eds.): El Gobierno... . CEPC, Madrid, 2005, y en Jornada italo-española sobre *El derecho internacional y comunitario en la experiencia regional y autonómica*, en Napoli, 23 de abril de 2004 (pendiente de publicación) respectivamente.

[20] A propósito del CR en el proceso de reformas del derecho primario de la UE cfr., por otros, L. Huici Sancho, *El Comité de las Regiones: su función en el proceso de integración europea*, Barcelona, 2003.

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 107



Por lo que al plenario del PE se refiere, sin perjuicio de lo medido de su alcance –intervención anunciada con siete días de antelación y precisada sólo de una interpretación pasiva costeada, en su caso, por el Gobierno español[21]–, la eventualidad podría tender a considerarse como una proyección política de una comunidad de hablantes que, en la medida en que la elección de los Diputados al PE radicase sobre una base electoral regionalizada, porque en línea con algunas de las fallidas propuestas lanzadas en el marco institucional de la UE[22] y, en alguna medida, acompañadas en el propio ámbito institucional español[23], se viniese a superar la actual base nacional de la circunscripción electoral a la vista de cuyos resultados se asignan los 54 Diputados «españoles»[24], ciertamente alcanzaría una proyección política más clara.

Con todo, a la hora de valorar una iniciativa como ésta que, mediante expresa proyección *ad extra*, pone de manifiesto una complejidad del pueblo español que, *ad intra*, pugna por afirmarse no ya sólo en el Senado, sino también en el Congreso de los Diputados, conviene tener presente que, como tal y como viene siendo el caso en el espacio político nacional[25], también en el seno del PE se ha puesto en práctica un cierto filibusterismo lingüístico consistente en la intervención por parte de electos en el «cupo» español en alguna de las otras lenguas cooficiales españolas e incluso en alguna otra lengua oficial en la UE distinta del castellano, lo que antes que de la reivindicación del uso (ocasional) de la lengua vernácula propia, resultaría expresivo de una tensión nacional(ista), característica del panorama político nacional, que en el seno de la Cá-

---

[21] *Vide* la asunción del compromiso al efecto en *Memorandum*, Anexo II (Detalle de las medidas prácticas que se proponen), segundo guión.

[22] A propósito de la territorialización de las circunscripciones electorales en los espacios estatales y de la eventual elaboración de listas transnacionales cfr., en particular, el llamado Informe *Anastasopoulos* (Resolución PE), en DO C 292, de 21 de septiembre de 1998.

[23] Así, por ejemplo, mediante la pretensión, articulada como fórmula de compromiso (con fecha 20 de octubre de 2004), en el marco de impulso político a las iniciativas fraguadas en el referido *Memorandum* (como presupuesto o corolario de la representación lingüística de los ciudadanos, hablantes de otras lenguas españolas, en el PE), de «proponer y debatir la posible modificación de la Ley electoral para facilitar que las CC AA puedan ser circunscripción electoral en las elecciones al PE» (*vide* noticia de la moción aprobada en el Senado con el voto de los socialistas, PNV, BNG y CiU, en el diario *El País*, de 21 de octubre de 2004, pág. 25).

[24] En primer término debe quedar apuntada la superación efectiva de la nacionalidad del Estado como presupuesto de la elección al PE en los diversos espacios estatales que resulta del reconocimiento en el TCE del derecho de sufragio a los residentes (nacionales) de otros Estados miembros que, en su condición de ciudadanos de la Unión, decidan participar en su lugar de residencia; y, en relación con esto, aun es preciso enfatizar el formal reconocimiento de esta realidad política en el TCUE al identificar como representados en el PE ya no exactamente los pueblos de los Estados miembros, sino una fragmentada comunidad de ciudadanos de la UE (a propósito del sentido y alcance de esta modulación me permito remitir a mi contribución «De la (doble) legitimidad de la Unión y de su reflejo en la planta institucional», en X Jornadas de Letrados del TC sobre *La Constitución Europea*, en Zaragoza, septiembre/octubre de 2004, pendiente de publicación por el CEPC).

[25] En la primavera de 2005, continúa el debate entre los grupos acerca de la recuperación de la práctica de intervenciones cortas en lengua vernácula, seguidas de intervención en castellano, la lengua común de todos españoles y la segunda de entre las occidentales por el número de sus hablantes en el resto del Mundo.

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 108



mara de representación de los ciudadanos de la Unión se tendría la manifiesta intención política de, si no erradicar, sancionar[26].

Sea como fuere, a propósito de su integración en el funcionamiento de la Cámara representativa de los ciudadanos de la Unión, la condición política diferenciada (de esa cuarta parte) de españoles bilingües que pudiese venir a traslucir de las eventuales intervenciones plenarias en esas otras lenguas españolas resultaría asimismo evidenciada, desde la perspectiva de la legitimidad democrática cabría decir, si llegase a convenirse en la exigencia de publicación en estas lenguas vernáculas de todas aquellas leyes que el PE y el Consejo aprobasen mediante co-decisión[27].

### III.2. DE LA LENGUA CASTELLANA, COMÚN DE LOS ESPAÑOLES, O ESPAÑOL

En todo caso, sin perjuicio de la valoración crítica que pueda merecer la pretendida modalidad de inserción de las otras lenguas de España, como

---

[26] La definitiva superación de una anterior práctica de promoción en virtud de la exclusiva previsión, a partir de la reforma reglamentaria de 2004, de grupos políticos transnacionales en el seno del PE, mediante exigencia de un número mínimo de (19) integrantes procedentes de, al menos, una quinta parte de los Estados miembros, sería la expresión incontestable de este designio antinacionalista.

[27] Estos diversos extremos se habrían de plasmar, en su caso, en el Reglamento 1/1958, sobre el régimen lingüístico, ya referido, en los términos que resultan del propio *Memorandum*, Anexo I (Propuesta de modificación del Reglamento 1/1958, texto consolidado a efectos informativos, y Anexo, al reglamento 1/1958).
Los fragmentos que se propone añadir al texto del Reglamento lingüístico irían en el encabezamiento (párrafo final: «Considerando además que es preciso acercar la Unión Europea y sus instituciones al conjunto de los ciudadanos y que para ello debe tenerse en cuenta que hay Estados miembros en los que su ordenamiento constitucional reconoce el carácter de lenguas oficiales con plenos efectos también a otras lenguas»), en los artículos 1 (segundo párrafo: «Serán también lenguas oficiales y de trabajo de las instituciones de la Unión, en las condiciones y a los solos efectos establecidos en el Anexo de este Reglamento, en tanto que lenguas que de conformidad con el ordenamiento constitucional de un Estado miembro tienen el carácter de lenguas oficiales en su territorio, el euskera, el gallego y la lengua que se denomina catalán en la Comunidad Autónoma de Cataluña y en la de las Illes Balears y que se denomina valenciano en la Comunidad Valenciana»), 3 (inciso final: «... una de las lenguas oficiales de dicho Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 y en el Anexo del presente Reglamento»), 4 («... citadas en el primer párrafo del artículo 1»), 5 («... que figuran en el artículo 1 del presente Reglamento. En lo que concierne a las lenguas citadas en el segundo párrafo del artículo 1 se estará a lo dispuesto en el Anexo del presente Reglamento»), 8 («... En lo que concierne a las lenguas citadas en el segundo párrafo del artículo 1 se estará a lo dispuesto en el Anexo del presente Reglamento») y 9 («El Anexo del presente Reglamento forma parte integrante del mismo»).
En el Anexo, al Reglamento 1/1958, se trata, en síntesis, de especificaciones a propósito del cómputo de los plazos de comunicación por parte de instituciones, órganos consultivos y Defensor del Pueblo, según que se conteste directamente en la otra lengua española de que se trate o se trate de solicitud de remisión de texto traducido al español y posterior remisión en la misma lengua, dejando a las autoridades españolas la responsabilidad de hacer llegar a su destinatario la respuesta debidamente traducida a su propia lengua (1. a) y en relación con la eventualidad de contraste entre versiones publicadas en el DOUE de las normas adoptadas por co-decisión (1. b); y se trata, asimismo, de la exigencia de preaviso de intervenciones en esas otras lenguas (españolas) en el PE, el CR y, en su caso, el Consejo de Ministros (2.) y de la plena asunción por España de los gastos ocasionados por el empleo de esas otras lenguas mediante concertación, en su caso, de las autoridades españolas y las Secretarías generales de las instituciones y órganos comunitarios ya mencionados (3.); por lo demás, el *detalle de las medidas prácticas que se proponen* aparece desglosado en un Anexo II (accesible desde <http://www.mae.es>) relativo, en sustancia, a la remisión a las instituciones de los intérpretes (a propósito de las eventuales intervenciones en el plenario del PE, el CR o, en su caso, el Consejo de ministros) y de los traductores o/y traducciones que fuesen precisos (en relación tanto con las comunicaciones de textos con personas físicas o jurídicas como a propósito de la corrección, como expertos nacionales destacados, de los textos a publicar en el DOUE).

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 109



lenguas oficiales en el espacio de la UE, no podría dejar de aplaudirse la iniciativa política que representa la preparación del *Memorandum*; como no podría ocultarse tampoco la extrañeza que causa la actitud de (¿prudente?) inactividad del Gobierno español por lo que a la situación de la lengua común de los españoles (español) o castellano se refiere.

Ciertamente, a estas alturas, según queda apuntado, no faltan los episodios reactivos por parte de unos u otros representantes del Gobierno español, a propósito, por ejemplo, de la restrictiva política de comunicación recientemente acreditada por la Comisión europea, ante la que la lengua española ha reaccionado en conjunción con algunas otras, como el italiano o el polaco, por no referirse sino a las otras dos lenguas postergadas más habladas en solar europeo, y habría contado asimismo con una (des)interesada solidaridad de otra lengua (europea) universal, la más hablada de entre las occidentales en el resto del mundo, el inglés[28].

Antes de considerar las posibilidades de una política (no reactiva, sino) activa, de promoción a (corto y) medio plazo del uso del español en el marco institucional de la UE, bueno será cotejar algunas cifras indicativas de la efectiva presencia y relativa utilidad de las lenguas oficiales en la UE.

A propósito, sin la menor pretensión de exhaustividad, y simplemente a título ilustrativo, conviene dejar apuntados algunos datos acerca de la presencia de la lengua castellana o español en el espacio público europeo y en el resto del Mundo.

En el espacio público europeo, la posición de la lengua española o castellano oscila, según los indicadores que puedan tomarse como referencia, entre la quinta posición, por el número de sus hablantes, ya sea sólo como lengua materna o en términos generales (en torno al 11% y al 15%, respectivamente) y una significativa cuarta posición, si de lo que se trata es bien de computar el juicio de los europeos a propósito de su utilidad como lengua de comunicación (15 %, distante del 69% del inglés y, algo menos, ya del 37% y 26% de alemán y francés, pero alejado a su vez de todas las demás), bien de señalar los datos relativos a una presencia (creciente) en los sistemas de enseñanza de los Estados miembros de la UE[29].

En cuanto a la presencia del español fuera de solar europeo, bastará con recordar que se trata de la segunda lengua occidental por el número de hablantes en el Mundo (más de cuatrocientos millones), siendo la primera lengua en buena parte de América y, en lo restante, segunda lengua o, en otros términos, primera lengua extranjera (Islas caribeñas y

[28] En este contexto resulta ilustrativo el comportamiento (¿omisivo?) de las otras dos lenguas más habladas en el espacio europeo, el francés y el alemán, concertadas en un empeño de mutua promoción que, no obstante la regulación *ad hoc* de sus respectivos *curricula* escolares, no parece seguro que tenga expectativas serias de continuado crecimiento.

[29] En este último caso, el 8%, frente al 18% y 32%, del alemán y el francés, y el 89% del inglés; a propósito de estos y otros posibles datos relativos a las lenguas de Europa *vide* en <http://europa.eu.int/comm/educatrion/policies/lang/languages/index_fr.html> (visita, fechada el día 20 de octubre de 2004).

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 110



otras zonas no hispanas de América central y del Sur; EE UU, Canadá), con unas expectativas de crecimiento como segunda (tercera o cuarta) lengua (también en países europeos tradicionalmente alejados del español) si se atiende a una demanda creciente de la lengua de Cervantes que España (y los países hispanos) apenas comienzan a estar en condiciones de poder atender[30].

A la vista de estos datos, se comprende que, así como no resulta satisfactorio para las otras lenguas españolas, el actual estado de la cuestión lingüística no observa el debido equilibrio respecto del español, a la vista de su efectiva presencia en Europa y en el resto del Mundo; acaso comprensible desde la perspectiva de otras lenguas favorecidas, como la alemana[31], la deriva del régimen lingüístico apenas esbozada páginas atrás no podría estimarse compatible con una política española de acompañamiento del tono vital de la lengua castellana o español[32].

Por lo demás, y por lo que a las lenguas españolas se refiere, no parece que el eventual reconocimiento de su estatuto de oficialidad fuese a devenir incompatible con la reserva para el castellano, la común de todos los españoles, de la condición de lengua de trabajo.

Ciertamente cabe imaginar grados diversos de satisfacción entre las otras lenguas españolas, pues la condición de lengua oficial seguramente no tenga idéntica significación, en relación con el euskera, una lengua minoritaria a la que se dotaría de una visibilidad inédita que, con las ayudas derivadas de su inserción en programas como *Lingua*, le permitiría ahondar en la promoción de su empleo interno[33], y en relación con las

---

[30] Particular importancia cobra, en este sentido, la concertación del Instituto Cervantes (IC) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) al efecto de avanzar en la estandarización de la enseñanza del español como lengua extranjera, mediante el correspondiente título o diploma.

[31] La política de promoción de la lengua alemana en la UE no se encuentra falta de apoyos doctrinales de los que bien podría ser (lúcido) exponente, Th. Oppermann, «Das Sprachenregime der Europäischen Union – reformbedürftig? Ein Thema für den Post-Nizza-Prozess, en Zeitschrift für europarechtliche Studien, 1 (2001), págs. 1, sigs; cfr., sin perjuicio de lo variable de sus contribuciones, Th. Bruha/H. J. Séller (eds.): Die Europäische Union und ihre Sprachen - Interdisziplinäres Symposium zur Vielsprachigkeit als Herausforderung und Problematik des europäischen Einigungsprozesses. Nomos, Baden-Baden, 1998.

[32] Pendiente de contestar ha de quedar aquí la cuestión sobre si esa política española de acompañamiento de la lengua es o no compatible con la reciente práctica de alianzas del IC con otros correspondientes (así, por ejemplo, con el *Goethe Institut*), al efecto de compartir instalaciones (¿y alumnado?) (en Escandinavia, Norte de Africa, etc.); sin entrar a valorar otros extremos concernientes a la concurrencia de las otras lenguas europeas de comunicación (inglés, francés, italiano, etc.), cabría preguntarse acerca del sentido último y de la (in)compatibilidad de esta concurrencia conjunta en determinadas zonas del Mundo y la (omisiva) actuación de la lengua alemana respecto de la española en el actual marco de desenvolvimiento crítico del régimen lingüístico en el complejo institucional de la UE.

[33] Es notoria la satisfacción que un reconocimiento formal semejante, con implicaciones de las que se hace eco el referido *Memorandum*, causaría en círculos euskáricos, en los que tradicionalmente se ha venido denunciando la discriminatoria postergación comunitaria de la diversidad lingüística de la población europea y de sus lenguas *minorizadas* (a propósito de este tipo de cuestiones, cfr. S. Trifunovska (ed.), F. de Varennes, Minority rights in europe: European minorities and languages. La Haya, 2001; y, a propósito del régimen lingüístico, concebido ya como algo que va más allá de la clásica consideración de los derechos de las minorías lingüísticas, cfr., entre otros, A. Pizzorusso, «El uso de la lengua como objeto de regulación jurídica», en Boletín mexicano de derecho compara-

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 111



otras dos lenguas latinas, el gallego y, sobre todo, el catalán (valenciano), que, no obstante la comunidad lingüística castellana de todos los españoles, podrían sentirse llamadas a desempeñar, acaso con carácter extraordinario, cierto papel (complementario o subsidiario) como lenguas de trabajo, allí donde no operase alguna modalidad de restricción lingüística, sustentada sólo en algunos idiomas (fuesen o no) mayoritarios.

En todo caso, en la medida en que con la propuesta esbozada en el *Memorandum* del Gobierno ya glosado se supera con creces una pretensión semejante, cabría esperar una pacificación de la cuestión lingüística española, al efecto de alcanzar el objetivo inmediato perseguido, la visibilidad en la UE de las otras lenguas españolas, sin desatender la articulación de una política de promoción de la lengua común de todos los españoles que, entre sus objetivos, habría de tener el de cegar todo intento, declarado o larvado, de negar al castellano o español la suprema condición de (ordinaria) lengua de trabajo, como no fuese que, en un inesperado ejercicio de arbitrismo, ocasionalmente defendido en círculos académicos, se dotase la UE de una sola lengua de trabajo, fuese ésta el esperanto o el latín ¿o el inglés?

## IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En suma, y a modo de conclusión, se trataría de apuntar algunas dudas a propósito de la posible evolución, a medio plazo, del (desconstitucionalizado) régimen lingüístico en el complejo institucional de la UE.

Sin necesidad de avanzar, en este punto, una panorámica comparativa de diversos regímenes de plurilingüismo en marcos estatales e iusinternacionales[34], ni de insistir, reiterando lo ya expuesto, en las diversa variantes, formalizadas por una u otra vía, de convivencia de un reducido número de lenguas de trabajo con una (creciente) plétora de lenguas oficiales; las variantes, que van de una sola a (dos o) tres, pasando por (cuatro o) cinco o (seis o) siete o incluso más, pueden contar todas ellas con suficiente apoyatura argumental o, en otros términos, ni las fórmulas ya glosadas al exponer la práctica institucional tienen otra racionalidad que la de su efectivo ejercicio y objetivación ulterior ni, en consecuencia, resulta imposible argumentar a favor de variantes distintas de las actualmente decantadas.

En este sentido, dejando para dictamen lo que sería propio de una determinada línea política, es decir, una proyección articulada de fórmulas alternativas menos lesivas para la lengua española común o castellano[35],

---

do (BMDC) 98, 2000, págs. 785, sigs.; J. VERNET LLOBET, «Cultura, derecho lingüístico y derecho constitucional», en F. BALAGUER CALLEJÓN (ed.): Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a P. HÄBERLE. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 217, sigs.).

[34] Al efecto seguramente resultará ilustrativa la tesis doctoral de A. DE ELERA, *European Integration, Language and Citizen Rights* (en avanzado estado de elaboración).

[35] Menos lesivas de lo que sería, por ejemplo, la propuesta de formalización de la variante trilingüe preponderante, incluso si se formula con algún matiz (cfr., a título de ejemplo, D. PIETERS, *The languages of*

11095-112-Estado autonómico37 14/10/05 15:22 Página 112



que sería de esperar que llegara a constituir la base de una especie de segunda parte (inédita) del glosado *Memorandum* sobre las (otras) lenguas oficiales de España, fruto de un compromiso lingüístico interno que aun está por perfilar y que bien ensayarse en el proceso de reforma constitucional y estatutarias en marcha y que, en refleja consonancia con ello, bien podría fraguar en los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, asimismo, en proceso de revisión.

Que la de la pretendida oficialización de las otras lenguas españolas y el afianzamiento del español como efectiva lengua de trabajo son –por acudir a la tópica referencia– las dos caras de una misma moneda, parece a todas luces algo evidente; hacerlo realidad es, sin embargo, ya cosa distinta y, en todo caso, inimaginable sin un compromiso lingüístico interno que, a la vista de algunas propuestas recientes (a propósito, por ejemplo, de la pretendida obligatoriedad de la lengua catalana en Cataluña –a la *helvética*, más a la *quebequesa*, cabría decir– que se apunta en el marco de la proyectada reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña[36]), no debiera darse por presupuesta.

En definitiva, la suerte europea de las lenguas españolas, del castellano y de las otras, precisa de una voluntad política clara de los españoles que, al efecto de asegurar un funcionamiento regular desde una actitud de lealtad sin la que esa empresa resultaría frustrada, hemos de procurar un compromiso capaz de compatibilizar la promoción europea (e internacional) de las otras lenguas co-oficiales de España sin perjuicio del patrimonio lingüístico común que representa la lengua española más universal, la lengua castellana, idioma de comunicación compartido con una creciente comunidad de hablantes en América que, en su mayor parte, la consideran una lengua tan propia como la suya vernácula, y, en alguna medida, asimismo presente en otras zonas del resto del Mundo, en algunos casos de forma residual e identificada en otros supuestos como una de las (más significativas) lenguas occidentales de (cultura y) comunicación.

El tiempo dirá de lo que hemos sido capaces. Si de lo mejor o de lo peor.

---

*the European Union* (*Las lenguas de la Unión Europea*), accesible desde <http://europa.eu.int/futurum/...>).

[36] Particularmente llamativo, si no sencillamente sorprendente, dada la presencia internacional no poco significativa de la enseñanza de la lengua catalana en (parte de) las sedes del IC, resulta el anuncio por parte de la máxima autoridad política de la Comunidad Autónoma de Cataluña de su voluntad de acercamiento a la *francofonía*; dicho sea sin necesidad de aventurar razones (lingüísticas) e intereses (políticos o/y económicos) más o menos velados (aunque quizás sea éste el contexto en el que deba entenderse la suscripción con Québec de compromisos o convenios de intercambio en materia lingüística, comercio, inmigración e investigación, y de mutua asistencia comercial, incluida la puesta a disposición de sus respectivas delegaciones en diferentes ciudades del mundo, de los que se da noticia en la prensa diaria, *vide* en *El País*, de 4 de mayo de 2005, pág. 20).
Para una aproximación de síntesis a propósito del bilingüismo más o menos identitario, cfr. M. ROSENFELD, «Bilingüismo, identidad nacional y diversidad en los Estados Unidos», en J. Mª SAUCA (ed.): Lenguas, Política y Derecho. UCIII/BOE, Madrid, 2000, págs. 189, sigs.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 113

# LA DIVERSIDAD EN EL ESTADO AUTONÓMICO Y SUS LÍMITES

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 114

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 115

# LOS LÍMITES MATERIALES DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

**Juan José Solozábal Echavarría**
*Catedrático de Derecho Constitucional*
*Universidad Autónoma de Madrid*

## I. JUSTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO OBLIGADO DE LA REFORMA ESTATUTARIA

En esta intervención hablaré sólo del contenido prohibido a la reforma estatutaria. Apenas diré, por tanto, algo de otras dos cuestiones referidas a la reforma estatutaria, esto es, en primer lugar, sobre la justificación de la reforma estatutaria, contestando a la pregunta ¿por qué hacer la reforma? En segundo lugar, tampoco me ocuparé en detalle sobre el contenido obligado de la reforma, o ¿qué tipo de reforma conviene llevar a cabo? Espero no acotar demasiado el tema, porque las cuestiones dejadas al margen son ciertamente de importancia.

La justificación de la reforma estatutaria no difiere demasiado de la que cabe argumentar para defender la reforma constitucional, lo que no tiene mucho de extraño, pues políticamente los estatutos de autonomía completan la Constitución, contribuyendo, como resulta sabido, a configurar un diseño de organización territorial del poder que la Norma Fundamental define y comienza, pero sobre todo hace posible. Jurídicamente el estatuto de autonomía es una norma cuasiconstitucional, de parecida estructura y cuyas cláusulas concretan las decisiones constitucionales. Es, por lo demás, parámetro básico de constitucionalidad.

Así la reforma estatutaria tiene como función obligada adaptar el texto estatutario a las nuevas necesidades de la comunidad política territorial, una vez transcurrido un lapso de tiempo considerable desde su aprobación. Ciertamente esta argumentación refuerza la justificación estatutaria, pero es expresión asimismo de sus límites, de manera que también el legislador estatutario originario plantea más que vínculos procedimentales al legislador estatutario reformador que no puede superar las bases o propósitos del poder estatuyente primero y ha de respetar su decisiones principales, limitándose a llevar a cabo las adaptaciones que las nuevas circunstancias requieren. Apúntese por tanto un doble horizonte limitador a las reformas estatutarias que se avecinan: el de la Norma Fundamental, que en este caso concreto es la vieja Constitución que, en virtud del juego dispositivo y de las exigencias procedimentales así como de una concreta toma de posición política, permanece mientras se modifican los estatutos, pero que se presenta con ciertas modificaciones en ciernes

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 116



que el reformador de los estatutos habrá de tener en cuenta, sin provocarlas pero dispuesto a asumirlas; y el texto estatutario que se ha de modificar, pero no destruir, pues no se trata de *cambiar de estatuto* sino *cambiar el estatuto*, esto es su contenido y alcance.

Las reformas estatutarias, como las constitucionales, suministran al orden político territorial una oportunidad de incrementar su legitimidad al permitir que las nuevas generaciones que no pudieron refrendarlo, lo hagan en esta ocasión. Cierto que el derecho de cada generación viva a disponer de su orden político, indiscutible desde un punto de vista democrático, no induce necesariamente al cambio constitucional, de manera que basta el tener a su alcance la verificación de las modificaciones deseadas; y cierto también que son los tribunales constitucionales, cuya legitimación democrática es obvia, las instancias a través de las cuales se realiza la adaptación ordinaria de los textos constitucionales a las necesidades cambiantes de la comunidad. Pero estas consideraciones no pueden excluir el que en determinadas circunstancias se convoque a los ciudadanos a refrendar unas reformas que implícitamente confirman, nuevamente, el texto que permanece intocado, y al que pudiéndose referir los cambios constitucionales, no lo hacen.

Un segundo aspecto a considerar en el estudio de la reforma de los estatutos atañe, según sabemos, al contenido necesario de la misma, a lo que la reforma debe obligadamente incluir. Más allá del señalamiento concreto de aquellas cuestiones a las que han de afectar necesariamente los cambios propuestos, es conveniente indicar el sentido general de los mismos, si se quiere decir así, su filosofía. Lo que ha de intentar la reforma estatutaria es, además de mejorar el funcionamiento de las instituciones políticas privativas, incrementar la integración. Sin duda el autogobierno es función de la autonomía, o capacidad de decidir sin injerencias sobre los asuntos propios, pero también de la participación, o capacidad de influir en los ámbitos en que se adopten decisiones que nos afectan; por eso, precisamente como manifestación de poder, que se añade a la reclamación de la exclusividad competencial, sobre la que ya no cabe ir muy lejos, parece llegada en el Estado Autonómico la hora de la participación

A mi juicio, a la vista de todo lo anterior, las reformas estatutarias deben de fundamentarse en tres actuaciones: mejora de la institucionalización del autogobierno, adopción de medidas de participación, institucionales o no, y coordinación y clarificación competenciales. Por lo que se refiere a *la mejora de la institucionalización del autogobierno*, la reforma estatutaria debe caminar seguramente orientada a una incorporación del contenido esencial o determinaciones fundamentales de la forma de gobierno, que con dudosa escupulosidad constitucional en relación con la reserva al respecto establecida en la Norma Fundamental, han quedado relegadas a leyes autonómicas o a los reglamentos parlamentarios correspondientes. En este orden de cosas pueden incluirse también algunas decisiones sobre el sistema electoral de la Comunidad Autónoma o

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 117



la designación de los senadores autonómicos, así como de otros cargos no previstos en los estatutos y establecidos en virtud de decisión posterior (me refiero a los defensores del pueblo autonómicos, o a los Consejos consultivos). En un terreno próximo a este cabría pensar en una clarificación del sistema de normas de la Comunidad, pudiendo incorporar alguna fuente como el decreto-ley y evitar algunas rigideces constitucionales sobre la delegación legislativa.

Como ya hemos señalado la reforma de nuestro orden territorial debe reorientarse sobre la integración, que se logra, según nos consta, a través de la participación. El impulso fundamental se dará sin lugar a dudas con la reforma constitucional del Senado. Pero esa reforma no será más que la punta de lanza de una nueva comprensión del Estado Autonómico. En los estatutos cabe adoptar medidas, más o menos concretas, institucionales o de carácter principial, que faciliten esa integración bien en el plano estrictamente español, estableciendo el procedimiento para designar de acuerdo con la regulación general a los enviados autonómicos, o en el ámbito de la Unión Europea, de modo que se prepare la incorporación de representantes autonómicos en la negociación en las instancias comunitarias. Es necesario hacer constar que la participación de las Comunidades Autónomas en la composición de los diferentes órganos y organismos del Estado debe hacerse sobre la idea de las Comunidades como integrantes del mismo, de manera que dicha participación suministra una oportunidad no tanto de hacer presentes en la organización política mayor los intereses de las partes, como de conformar la voluntad general total desde sus integrantes. Así pues, esta intervención no puede poner en cuestión la condición de las instituciones en que se verifica la integración como propias del Estado y no de las comunidades que lo forman, de manera que la lealtad constitucional de quienes componen dichas entidades les obliga antes con el conjunto que con sus comunidades territoriales de origen. La integración debe producirse asimismo en el espacio interno autonómico adoptándose criterios, de acuerdo con las bases de régimen local del Estado, de colaboración con las instituciones municipales y provinciales, respetando la autonomía local, que, como es sabido, se encuentra garantizada constitucionalmente.

## II. REFERENCIA ESPECIAL AL CONTENIDO COMPETENCIAL DE LA REFORMA ESTATUTARIA

El contenido competencial de las reformas estatutarias merece de algún comentario, aunque se lleve a cabo en un nivel muy general y elemental, pues en virtud del juego del principio dispositivo el alcance de cada reforma dependerá de las precisiones al respecto en cada caso. Pero sí que puede partirse de alguna posición indiscutible. En primer lugar, la determinación del caudal competencial es una materia importante sobre la que el constituyente ha querido que sea el estatuto el que decida, frente a lo que es común en las constituciones federales en las que las competencias

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 118



estatales son residuales[1]. En el caso español el acervo competencial lo establece el estatuto, ciertamente en el marco constitucional, y respetando la reserva al respecto de la Constitución. Se trata por tanto de una materia estatutaria con las consecuencias legitimatorias que ello conlleva para el propio estatuto, pues la norma que fija las atribuciones de la Comunidad es, lo repetimos, el estatuto y no la Constitución.

Las cláusulas competenciales de los estatutos, por lo general, son claramente mejorables, y aquí tenemos un objetivo al que pueden dirigirse los esfuerzos de las reformas estatutarias. Desde este punto de vista no se utilizó bien la habilitación que el estatuto tenía para establecer las atribuciones de las Comunidades Autónomas, pues en múltiples ocasiones los estatutos no concretan ni especifican los títulos constitucionales, cuya formulación general dejaba mucho espacio para esa actividad de desglose, delimitación y detalle, limitándose a repetir las cláusulas competenciales constitucionales en cuanto abren posibilidades de intervención propia. No se trata de que los estatutos asuman como función suya específica la interpretación de los títulos competenciales constitucionales, sino de que los cumplimenten, estableciendo las posibilidades de actuación de la Comunidad Autónoma, en el nivel legislativo, ejecutivo o de gestión, lo que evidentemente no se puede llevar a cabo sin una comprensión de la habilitación constitucional, actividad interpretativa que es entonces la base pero no el objeto de la propia normación. Hoy, en el momento de la reforma estatutaria, y en muy buena medida gracias a la labor doctrinal del Tribunal Constitucional, la labor de desglose y clarificación de cada competencia que le corresponda a la Comunidad, en los aspectos normativos o ejecutivos, aparece mucho más factible que en el momento fundacional de la autonomía cuando se aprobaron los estatutos.

Ahora bien la reforma estatutaria no puede aspirar a la precisión absoluta, que es un objetivo vedado por el propio carácter constitucional de las normas estatutarias y que por tanto es inalcanzable para la «norma institucional básica» de la Comunidad Autónoma. Evidentemente no estamos hablando de una norma reglamentaria que aspira a utilizar a la administración para la consecución de políticas gubernamentales precisas, sino de una norma principial que incorpora orientaciones compartidas, con una voluntad de duración indefinida y capaz de concreciones que posibiliten políticas diferentes.

De manera singular la precisión de las normas estatutarias no puede llevar al estatuto a concretar el alcance de lo básico, pues, como veremos después con más detalle, se trata de una competencia estatal que es el título de intervención del Estado central en la ordenación y garantía de lo necesariamente común, por tanto competencia irrenunciable e indisponible en ningún caso por quien no es el legislador general. Tampoco

[1] Véase con más detalle Juan José SOLOZÁBAL , «El Estado Autonómico en perspectiva», *Revista de Estudios Políticos*, nº 124, abril-junio 2004, pag.11.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 119



es posible oponerse a la *vis* expansiva de algunas competencias transversales y generales, que pretenden asegurar en cualquier caso títulos de intervención que protejan la igualdad de los derechos de los ciudadanos y la eficacia de una política económica común.

En efecto, las modificaciones estatutarias no pueden prescindir de la existencia en la Norma fundamental de cláusulas competenciales generales y transversales, cuya aplicación prudente y exclusivamente subsidiaria ha sido encarecida por la doctrina del Tribunal Constitucional. No cabe que los estatutos de autonomía ignoren tales títulos, atendiendo exclusivamente a la descomposición de las competencias que los integran (me refiero a las atribuciones estatales para establecer las bases en materia económica o determinar las condiciones de igualdad de disfrute de los derechos constitucionales) como tampoco pueden ignorar las habilitaciones competenciales que se derivan de reservas a favor del Estado, como ocurre con las disposiciones no específicamente competenciales, que tienen que ver sobre todo con la regulación y, especialmente, el desarrollo de los derechos fundamentales, que se atribuyen en exclusiva al legislador estatal, al exigirse para su cumplimentación una ley orgánica.

## III. LA ASUNCIÓN DE FUNCIONES CONSTITUYENTES COMO CONTENIDO PROHIBIDO DEL ESTATUTO: A) NI ACTUACIÓN PLENAMENTE CONSTITUYENTE DEL ESTATUTO. B) NI ACTUACIÓN DEL ESTATUTO COMO PODER CONSTITUYENTE ESPAÑOL, DISPONIENDO DEL MARCO CONSTITUCIONAL: A) DEROGANDO ESPACIALMENTE LA CONSTITUCIÓN. B)IMPONIENDO INSTITUCIONES AL ESTADO ESPAÑOL. C) DECIDIENDO SOBRE LAS COMPETENCIAS ESTATALES. C) LA ACTUACIÓN EXORBITANTE DEL LEGISLADOR ESTATUTARIO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Evidentemente la reforma del estatuto de autonomía, y acotaremos nuestras observaciones a los cambios estatutarios puestos en marcha en el País Vasco y Cataluña[2], tiene vedada una actuación constituyente que sólo le corresponde desempeñar al soberano. La peculiaridad «constitucional» del estatuto no puede hacer olvidar que el mismo no trae causa de un poder constituyente propio, como facultad de una nación de disponer de sí misma, decidiendo su forma política de modo libre, que, en cuanto manifestación eminente de soberanía, sólo le corresponde al pueblo español. El estatuto no remite a un poder incondicionado, soberano propio, sino a la Constitución como norma que lo instituye y limita. El estatuto no es la Constitución, aunque obviamente forma parte del orden constitucional, que aquella ha fundado y que preside.

---

[2] Estos proyectos difieren sustancialmente. La reforma estatutaria catalana parte de un proyecto en el que se integren todas las fuerza políticas, frente al marchamo meramente nacionalista del Plan Ibarretxe. De otro lado el proyecto estatutario catalán se reclama fiel observante de los límites procedimentales y materiales constitucionales, congruencia constitucional que tiene como mucho un alcance de exigencia sólo formal en el caso del Plan Ibarretxe.

IIII3-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 120



La ignorancia de este presupuesto de modo patente, si se me permite la expresión, de una manera tan burda es el motivo de inconstitucionalidad primero del así llamado Plan Ibarretxe. Es claro que la Comunidad Autónoma Vasca asume decisiones que no le competen o que sólo le corresponde tomar al poder constituyente español, usurpando por tanto su posición. Ocurre entonces que la propuesta que se formula es claramente anticonstitucional no ya porque se reclaman en concreto atribuciones o competencias que no caben en la Constitución actual, sino, porque en un plano más profundo, se asume el ejercicio de un poder constituyente que en puridad no se posee. La Comunidad Autónoma es un poder constituido que no dispone ilimitadamente de sus competencias y ha de moverse necesariamente en el plano constitucional. Está sometida al marco constitucional y no sobre él. Quien dispone de la Constitución es el poder constituyente o quien revolucionariamente lo suplanta; pero no una Comunidad Autónoma que está bajo la Norma Fundamental, pues, como acabamos de decir, es un simple poder constituido.

De manera que no cabe *una actuación constituyente plena* del estatuto, lo que, aunque de momento no lleve a un ejercicio secesionista, se realiza mediante la configuración institucional del País Vasco llevada a cabo en el Plan Ibarretxe, autoconstituyéndose como Comunidad de Euskadi que se asocia libremente con España, por tanto no Estado independiente ni Estado asociado como en la anterior versión del Plan (art. 12).

La asunción de la soberanía que todo ejercicio de poder constituyente conlleva se patentiza especialmente en el artículo 17 del Plan, verdadero punto de Arquímedes del mismo, pues actúa como soberano quien dice quién es el soberano, esto es quien decide en el último momento o en la situación crítica. Este precepto prevé la convocatoria en referendum del cuerpo electoral de Euskadi, por iniciativa del Parlamento Vasco, para resolver el desacuerdo con las Cortes Generales en relación con una propuesta de modificación estatutaria cualquiera que sea, por ejemplo la declaración de la independencia, el contenido de ésta. Como se ve este *modus operandi* se parece bastante al que amenaza el lehendakari utilizar si la propuesta actual de reforma estatutaria no prospera.

Pero la actuación constituyente del estatuto vasco se verifica sobre todo a través de *la disposición por su parte del marco constitucional, ocupando la posición del poder constituyente español*. La disposición del marco constitucional se lleva a cabo cuando se excluye su vigencia, procediendo a una especie de derogación espacial de la Norma Suprema en el ámbito territorial vasco, o cuando se imponen a la Constitución contenidos que ésta no tiene, estemos hablando en el plano institucional o en el de la delimitación competencial, añadiendo respectivamente, por ejemplo instancias de mediación entre el Estado o la Comunidad Autónoma, o, principalmente, modificando la distribución de competencias entre el Estado central y Euskadi.

Así el artículo 6-2º de la Propuesta de modificación estatutaria de Ibarretxe *excluye la vigencia en el ámbito privativo vasco* de la prohibición de

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 121



la federación entre Comunidades Autónomas que contempla el artículo 145 CE, o el sometimiento de los acuerdos entre la Comunidad Vasca y Navarra a las exigencias formuladas en dicho precepto constitucional. El artículo 14 de la Propuesta impone la renuncia a la ejecución forzosa del artículo 155 CE, eliminando una institución típica de todo ordenamiento descentralizado como es la coacción estatal. El texto de modificación estatutaria, en su artículo 43 PEPCE, impone la inaplicación del artículo 161.2 de la Constitución, privando al Gobierno de la Nación de la facultad de instar la suspensión de la norma o resolución de la Comunidad Autónoma que se impugna ante el Tribunal Constitucional.

Caigamos en la cuenta de la gravedad de lo que estas excepciones de la vigencia constitucional solicitadas representan desde dos perspectivas tan diferentes como son el sistema de fuentes y la integración constitucional. Lo que se pretende es la derogación espacial de la Norma Fundamental por una norma que no es la propia Constitución (o una Reforma Constitucional) sino un precepto estatutario. De otro lado, se trata de privar al Estado de unos instrumentos de reacción típicos o necesarios para que el mismo continúe asegurando unos niveles de integración política y congruencia jurídica sin los cuales difícilmente puede hablarse de una forma constitucional compartida.

Por otro lado, en la propuesta de reforma estatutaria de Ibarretxe *se le imponen* a la Constitución *contenidos*, llamémosles, *institucionales*, que ésta no tiene. Ello ocurre en el caso de la Comisión Mixta Estado-País Vasco (art. 15 PEPCE), y, sobre todo, en el caso del Tribunal de Conflictos (art. 16 PEPCE), compuesto por miembros del Tribunal Constitucional y otros juristas propuestos por la Comunidad Autónoma para entender de dos tipos de procedimientos, aquellos en los que la misma forma parte, y aquellos otros en los que deba proveerse a la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional que afecten a Euskadi, aunque los poderes vascos no hubiesen sido parte.

También *en el terreno competencial* se toman decisiones que suponen el ejercicio por parte del estatuto de poderes constituyentes del Estado español. Ello se produce en primer lugar en el plano de la misma definición de la competencia, entendida no como determinada actuación en relación con un ámbito material, sino, de modo finalista, como cualquier clase de operación referida a un objetivo o política pública concreta. Pero ocurre que es el estatuto el que determina las competencias del Estado, frente al criterio constitucional de que el estatuto se limite a atribuir los poderes de la Comunidad Autónoma, alterándose el destinatario de la residualidad, que no es el Estado sino la Comunidad Autónoma. El estatuto de autonomía priva al Estado de su instrumento de actuación en las materias compartidas, que es la legislación básica, procediendo a una definición minimalista de las competencias exclusivas del Estado. En efecto, ocurre que las competencias del Estado no resultan de la Constitución sino de lo establecido en la propuesta estatutaria, lo cual es senci-

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:30 Página 122



llamente portentoso, pues nos encontramos con que el Estado no decide sobre sus atribuciones. Así, según el artículo 43 PEPCE, corresponde a la Comunidad de Euskadi ejercer en su ámbito territorial la potestad legislativa en «todas las políticas públicas y ámbitos competenciales no atribuidos expresamente al Estado en el presente Estatuto». El artículo 45 de la Propuesta por su parte determina que en su relación con la Comunidad de Euskadi quedan reservados al Estado bajo carácter exclusivo, «las potestades legislativas y de ejecución que correspondan en los términos que a continuación se establecen». Así el Estado queda privado prácticamente de competencias sobre legislación básica (rebautizada como legislación común) en las materias compartidas, que en realidad desaparecen. La reducción al máximo de esta legislación común estatal (a los supuestos especificados en el art. 45.2 PEPCE) supone prescindir de la legislación básica como criterio articulador entre ordenamientos y como instrumento general que asegura la homogeneidad jurídica mínima del sistema autonómico. Las competencias exclusivas del Estado en Euskadi atribuidas también en el Estatuto (art. 45.1 PEPCE) recuerdan más a las de una confederación, aunque teniendo en cuenta la pérdida de significación de la moneda y la defensa que se derivan de la integración en Europa, que al elenco material del art. 149 de nuestra Constitución.

En el caso catalán el rebasamiento constitucional quizá pueda intentarse de modo más sutil, pero igualmente impropio. Los estatutos determinan, o pueden determinar, las competencias del Estado, pero no las establecen. La decisión sobre las competencias del Estado corresponde a la Constitución, o, dicho de otro modo, éstas se estipulan constitucionalmente, aunque se concretan, indirectamente, después en los Estatutos. Así las determinaciones estatutarias sobre las competencias correspondientes deben ser adoptadas siempre de acuerdo con las decisiones constitucionales.

La actuación exorbitante del legislador autonómico puede manifestarse, como lo muestra principal, pero no exclusivamente, el proyecto Ibarretxe, en relación *con la regulación de los derechos* que pretenden las reformas estatutarias. Ciertamente los derechos fundamentales, entendiendo por tales aquellas facultades directamente relacionadas con la dignidad y el desarrollo de la persona y sin las que el sistema democrático no puede funcionar[3], son derechos constitucionales, necesariamente compartidos por los ciudadanos del Estado con independencia del lugar en el que vivan. Pero ello no quiere decir que en relación con estos derechos no puedan existir regulaciones del legislado estatutario e incluso del legislador autonómico, teniendo en cuenta que el legislador estatutario los podrá precisar y que al legislador autonómico no le corresponde la definición de los mismos. Evidentemente a los poderes públicos autonómicos les corresponderá adoptar políticas de realización de los derechos, especialmente en relación con aquellos ámbitos materiales en los que tengan

[3] J. J. SOLOZABAL, «Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales» *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4. Madid 2001. págs 104 y 105.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 123



competencias. Esta actuación, ya no de protección sino de promoción de los derechos, será especialmente pertinente en el caso de los derechos de prestación, sobre cuya fundamentalidad, bien entendida, en un estado social y democrático de derecho a mi juicio no cabe dudar[4].

En efecto, si los *derechos*, integran, junto a determinados decisiones sobre los principios institucionales o valorativos y a las cláusulas directivas, la parte llamada dogmática de los documentos constitucionales, la propuesta de modificación estatutaria que comentamos, presenta un campo no despreciable para el equívoco y aun el franco desacuerdo. En los Estados federales los derechos fundamentales suponen el mínimo de unidad que los ciudadanos, cualquiera que sea su ubicación territorial, comparten. Son así un elemento de cohesión política y de integración jurídica, pues su guarda habilita la intervención normativa o jurisdiccional de la federación, operando como elemento centrípeto del sistema[5]. La competencia de los Estados en relación con los mismos tiene un significado especificador, pero no ampliatorio. De manera que no hay «nuevos derechos» fundamentales estatales, o autonómicos en el caso español, pues la fundamentalidad de los derechos, en razón de su importancia material y de las ventajas que para su protección derivan de su reconocimiento con el rango supremo normativo, exige constancia constitucional.

Frente a este estatuto de los derechos fundamentales en los Estados compuestos hay que constatar en la Propuesta de Ibarretxe una preocupante distinción entre *ciudadanía* como situación jurídica de quienes disponen de la vecindad administrativa para el ejercicio de los derechos políticos en Euskadi y *nacionalidad*, calificación que no sabemos qué consecuencias produce y a qué efectos se reconoce, pero que sólo puede considerarse con desasosiego si recordase la plenitud ciudadana reservada en el llamado Estatuto republicano de Estella a quienes dispusiesen de determinadas pruebas de autoctonía, en línea, por lo demás, con algunas desgraciadas propuestas actuales del nacionalismo vasco[6], por no hablar de la utilización de tal distinción para justificar discriminaciones y hasta persecuciones durante el periodo nazi.

---

[4] Véase mi «El estado social como estado autonómico» en *Nación y Constitución*. Madrid 2004. Págs 158 y sgtes.

[5] Es muy importante la contribución de los derechos fundamentales a la institucionalización de la unidad política. Ciertamente los derechos son normas competenciales negativas, pero en una forma política compuesta también un factor de garantía y expansión de lo general. Garantía de la Unión en cuanto los derechos son un mínimo compartido del sistema descentralizado, en el que hay un reducto, el de los derechos fundamentales, que no puede dejar de ser común. También factor de expansión en cuanto los derechos necesitan de completamiento y desarrollo, de organización en suma, que en buena medida, al menos en la determinación de lo esencial, corresponde a los órganos legisladores centrales. En realidad nos limitamos a apuntar la relación entre derechos y fuentes, pues la de fuentes y competencias es obvia. Piénsese que según el artículo 149.1.1 CE la norma que establece las condiciones generales del disfrute de los derechos constitucionales, asegurando su igualdad, debe ser estatal.

[6] Evocadas críticamente con toda pertinencia (y agudeza) por Patxo Unzueta en «Ser como nosotros». *El País* , 13 Noviembre de 2003.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 124



Otras tres notas seriamente objetables integran esta parte de la propuesta estatutaria e Ibarretxe: En primer lugar, el reconocimiento de la competencia de la Comunidad de Euskadi para elaborar una Carta de Derechos, ignora, de una parte, los riesgos que para el rango de los derechos fundamentales se deduce de su doble constancia normativa, y que no puede significar sino la devaluación de su significado constitucional; y, por otro lado, prescinde de la competencia del legislador estatal, en todo caso, para proceder al desarrollo de los derechos mediante ley orgánica y que ahora llevaría a cabo el legislador autonómico.

Llama la atención, en segundo lugar, la sospechosa atribución competencial vasca de la regulación exclusiva sobre partidos y censo electoral, materias que tienen que ver con el desarrollo del derecho de participación o asociación y por ello asumibles, por lo menos en sus aspectos básicos, por la legislación estatal. Por último, en un tercer plano, la propuesta de reforma estatutaria no contempla la protección de los derechos por parte del Tribunal Constitucional.

La diferencia entre Constitución y estatutos, que como acabamos de ver, impide el ensanchamiento del acervo de los derechos fundamentales por la vía estatutaria, puede actuar, no obstante, a favor de la norma estatutaria en algún supuesto. En efecto pienso que la Constitución no es lugar adecuado para la verificación de precisiones identitarias o consideraciones simbólicas que en razón de su importancia para la definición de la correspondiente Comunidad Autónoma deben encontrar acomodo en su respectivo estatuto de autonomía, mientras que su fijación constitucional podría suponer riesgos para el principio de igualdad y generar, de este modo, agravios comparativos que se deben evitar. Creo por tanto que la Constitución no debe proceder a la enumeración de las Comunidades Autónomas que son nacionalidad o las que puedan ser regiones. Dejemos, entonces, este tipo de cláusulas calificatorias para los estatutos de autonomía. Estas cláusulas al definir el orden estatutario, explicitar sus supuestos o significado político, lo que hacen es juridificar el régimen autonómico (entendiendo por tal el entramado institucional conforme a ciertos valores u orientaciones de la comunidad), contribuyendo a su legitimación pues actúan como elemento de integración ya que incluyen en muchos casos referencias simbólicas, en su origen, de claro significado identitario o nacionalista[7].

## IV. EL LÍMITE TÉCNICO DEL SISTEMA DE REPARTO COMPETENCIAL: A) LA FIGURA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA. B) LA INDISPONIBILIDAD DE LAS LEYES DEL ARTÍCULO 150.2 PARA EL LEGISLADOR ESTATUTARIO

Finalmente es necesario referirse a lo que podríamos llamar límites técnicos de la reforma estatutaria derivados del sistema de reparto compe-

[7] Véase mi trabajo *Las bases constitucionales del Estado Autonómico.* Madrid 1998. Págs. 147 y 148.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 125



tencial, especialmente de sus elementos principales. Se trata por tanto de un límite que trasciende al necesario respeto del tenor literal de las cláusulas competenciales contenidas en la Norma Fundamental, después de todo el objeto inmediato y obvio de la cumplimentación estatutaria, y alcanza a las categorías esenciales del reparto constitucional de atribuciones. Me detendré, aunque sólo sea brevemente, en dos de ellas. Haré algunas breves consideraciones, primero, sobre el concepto de legislación básica y, en segundo término, sobre las leyes del 150. CE, especialmente el apartado segundo que se refiere a la delegación y transferencia mediante leyes orgánicas de competencias estatales.

Prescindiré de rebatir algunas observaciones de conjunto, por decirlo con claridad, francamente políticas que suelen hacerse en relación con la utilización del *concepto de legislación básica*, así cuando se la señala como la causa principal de la «baja calidad» de la autonomía o se denuncia la actitud de «obsequiosidad» del Tribunal Constitucional en el control de esta técnica por parte de la normación estatal. Nos parece bien que haya a quien no le guste este instrumento de intervención del Estado. Sólo que debe decirlo y no apuntar a la supresión de esta figura ya no por su inconveniencia, que con toda legitimidad puede denunciarse, sino como consecuencia de una utilización incorrecta que sencillamente no se produce normalmente con el alcance alegado. Si se me permite un pequeño grado de inconsecuencia, practicando, aunque eso sí avisándolo, lo que señalo, advertiría en relación con la categoría de la legislación básica un prejuicio, en el sentido en que los gadamarianos hablarían de precomprensión, de manera que se trasladan a la categoría de la legislación básica los reparos con que se afronta la existencia de las competencias compartidas. Pero hablar en nuestro sistema, en el que hay al menos tres poseedores de títulos de intervención, el Estado, la Unión Europea y los entes locales, ya lo hemos dicho con anterioridad, de competencias exclusivas es francamente equivocado[8]. Por eso, nos negamos a convertir la cuestión competencial en el *quid cuestionis* de la reforma estatutaria. Por el contrario, la cuestión que tiene planteado nuestro Estado Autonómico y que ha de intentarse resolver a través de las correspondientes modificaciones de la Constitución y también de los estatutos es sobre todo la integración, que se llevará acabo incrementando los instrumentos de participación.

Las reformas estatutarias previstas cuando no prescinden, como hemos visto que ocurre en el plan de Ibarretxe, de la categoría de la legislación básica, o aspiran a su definición por el legislador estatutario o convierten tal concepto en una idea residual, tras el desarrollo o cumplimentación de la competencia estatal por la legislación autonómica. Pero propongo que antes de ocuparnos de lo que podríamos llamar el tratamiento estatutario

[8] Tan temprana como acertadamente el Tribunal Constitucional había propugnado, a pesar de las especificaciones al respecto estatutarias, el número y la importancia de las *competencias exclusivas* de las Comunidades Autónomas (así SSTC 37/1981 y 5/1982).

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 126



de la legislación básica dediquemos alguna reflexión a la consideración constitucionalmente correcta de dicha figura. Conviene partir de la premisa de que se trata de una figura constitucional a través de la cual se produce el reparto de intervención, de ordinario normativa, entre el Estado y las Comunidades Autónomas en aquellas materias respecto de las que ambos tipos de sujetos son titulares. La intervención del Estado fijando las bases de la materia asegura la homogeneidad total de la regulación en cuestión y garantiza la unidad esencial del régimen de dicha materia, cuyo desarrollo corre a cargo de las Comunidades Autónomas. Se trata por tanto de un instrumento de articulación normativa de un ordenamiento complejo como es el del Estado autonómico. Las bases no ponen en cuestión el pluralismo del sistema, pues han de dejar espacio suficiente a las normas de desarrollo, que no ejecutan o especifican las normas del Estado, sino que las complementan aprovechando su margen para llevar a cabo una política propia en el ámbito en cuestión. Así la colaboración entre el legislador central y el autonómico no puede reducirse al tipo de relaciones jerárquicas entre la ley y el reglamento. El establecimiento estatal de las bases tampoco «puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la comunidad.» (STC 32/1981).

La determinación de lo básico puede establecerse en una norma cuya estructura tenga carácter principial, lo que no excluye que su fijación exija la regulación completa de un aspecto de dicha materia, si su significación nuclear impone una normación uniforme en todo el Estado. Dicha determinación de lo básico puede cumplimentarse a través de una ley, pero también mediante un reglamento e incluso un acto singular del Gobierno .

Lo ideal es que la legislación básica se lleve a cabo según la noción formal de la misma, esto es, a través de una norma con rango de ley, y que se presenta explícitamente como ordenación básica de la materia, pero fue justamente la defensa de la autonomía lo que llevó al Tribunal Constitucional a aceptar la idea material de ley básica. La normatividad inmediata de la Constitución, reconocida de modo indubitable para los derechos fundamentales en alguna Sentencia como las 75/1982 y 39/1983 al menos en un nivel esencial o mínimo, de modo que la dilación en el desarrollo legislativo no suponga lesión de los derechos reconocidos en la Norma fundamental –como principio implícito– y la garantía de la aplicación del derecho supletorio –como principio explícito– forzaron, desde el primer momento, una comprensión material de lo básico, de modo que la inactividad del legislador central no impidiese a las Comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias reconocidas constitucionalmente, por lo que «la noción de bases o normas básicas ha de entenderse como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que realmente se deducen de la legislación vigente» (STC 32/1981).

Se trataba de una posición que ciertamente confería aplicabilidad inmediata a la Constitución y, en concreto, impedía que determinada organi-

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 127



zación estatal obstruyese la actuación plenamente constitucional de otra parte del Estado, pero corría el riesgo de determinar la inoperancia parcial de las competencias compartidas, al reducir su alcance al mínimo constitucionalmente asegurado. Sufría, en tal caso, además la seguridad jurídica al afirmarse la actuación de las Comunidades autónomas sobre criterios de mera presunción de legitimidad. Por ello el Tribunal Constitucional va aceptando una interpretación progresivamente formal del concepto de bases, abandonándose la idea de que la normación básica pueda establecerse de modo expreso y ser realizada indistintamente mediante ley formal, reglamento o incluso acto concreto, según doctrina que se formula modélicamente en la sentencia que se acaba de citar STC 32/1981. Así la STC 69/1988, confirmada por las STC 80/1988 y STC15/1989, exige para la legislación básica el rango normativo de ley, que además establezca expresamente su propósito al respecto o éste se deduzca sin equívocos; lo que no impide que un reglamento, cuya finalidad asimismo se consigne, pueda complementar esta ley básica.

Salvada la imprescindibilidad de la noción de bases en nuestro Estado Autonómico, en cuanto que se trata de una categoría constitucional, la explicación del juego de la noción material de bases, el tipo de normas a través de cual puede llevarse a cabo su cumplimentación, su condición principial o no, etc. y antes de pasar al examen de su posible definición por el legislador estatutario y aun por el legislador simplemente autonómico, me gustaría referirme, brevemente, a dos tipos de objeciones que se suelen hacer a esta figura, la primera referida a su utilización exclusivamente antiautonomista y, en segundo lugar, al grado de libertad por parte del Tribunal Constitucional para elaborar este concepto, rebajando, si ello fuera posible su indeterminación, en la medida que la misma afecta a la seguridad jurídica y pone en peligro el propio ejercicio de la autonomía.

Respecto a la primera cuestión siempre se llama la atención sobre las leyes básicas del Estado que tienen unos efectos restrictivos sobre el ejercicio de las competencias autonómicas, poniéndose como ejemplo la Ley de Bases de Régimen local: No tenemos nada que objetar a la caracterización de esta ley como «centralista», pero ¿acaso puede atribuirse el mismo calificativo a la reciente Ley de Sanidad, y a la Ley del Suelo, o, si miramos más atrás, a la propia Ley General para la Defensa de Consumidores o Usuarios (Ley 26/1984 ) o a la Ley Estatal de Espacios Naturales Protegidos (Ley 4/1989), o antes incluso a la propia LOECE?

La segunda cuestión presenta más enjundia, pero es difícilmente soluble. Estamos, lo volvemos a decir, ante una noción constitucional que suministra un título de intervención de articulación al Estado central, y que necesariamente comportará una indefinición difícilmente reducible. La noción de lo básico no remite exclusivamente a un componente jurídico, fácilmente discernible por un colegio técnico como es el Tribunal Constitucional. El ingrediente jurídico de las bases es un elemento obligado de las mismas y el único controlable por el Tribunal, pero la idea de lo básico

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 128



depende de la orientación política de quien realiza la intervención ordinariamente normativa por parte del Estado central. El Tribunal sólo declara las vulneraciones de lo básico, pero admitiendo una configuración variable del mismo, determinable en sus términos efectivos según criterios de discrecionalidad política[9].

La contribución del Tribunal a la determinación de lo básico sólo es negativa o indirecta, realizada a partir de una concreción determinada de lo básico, que reputa jurídicamente no admisible. El alcance efectivo de la determinación del espacio regulable por la ley básica, suficiente para cubrir las exigencias de homogeneidad y articulación constitucionalmente deducibles, y no tan amplio que impida la asunción de decisiones relevantes en la normación del resto por la Comunidad Autónoma, depende así de la propia decisión política estatal, de acuerdo con sus propósitos intervencionistas y según su propia posición autonomista y es, en esta dimensión, infiscalizable. Sólo en el supuesto de que no haya una determinación explícita de lo básico estará abierta a las Comunidades autónomas su definición por procedimientos jurídicos, cuya corrección, asegurando en cualquier caso las mínimas exigencias de homogeneidad y articulación del interés general, garantizará eventualmente el Tribunal Constitucional, cuando la actuación de la Comunidad Autónoma desarrollando lo básico fuera objeto de impugnación.

De manera que la elasticidad de la noción de lo básico tiene que ver con la apertura de la cláusula constitucional que lo alberga, pero también con la funcionalidad de dicha categoría en el sistema competencial y aun la irrenunciabilidad del propio Tribunal a ejercer sus funciones de interpretación y garantía de la Norma Fundamental.

Despejadas estas consideraciones preliminares queda por considerar la contribución del legislador estatutario y aun del ordinario autonómico a la determinación de lo básico. Volvemos a reiterar que la competencia para el establecimiento del régimen básico sobre una materia compartida corresponde constitucionalmente al Estado. El estatuto de autonomía puede sólo indirectamente contribuir a la fijación de lo básico especificando el tipo de intervenciones sobre las diferentes submaterias incluidas en un título competencial de la Comunidad Autónoma en un ámbito determinado. Con todo al respecto es imprescindible tener en cuenta dos cosas: en primer lugar que esas cláusulas especificando el alcance y los instrumentos de la intervención, no puede presentarse como una verdadera interpretación constitucional. La dimensión constitucional del estatuto de autonomía en la que con toda razón se insiste por algunos autores, no puede hacer olvidar la diferencia entre la Norma Fundamental y el estatuto como integrantes del parámetro de constitucionalidad, y en ningún caso un estatuto interpreta la Constitución, esto es, fija el significa-

[9] J. JIMÉNEZ CAMPO, «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27. 1989. Pág. 67.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 129



do auténtico de sus cláusulas, labor que está vedada a quien no sea el constituyente o el Tribunal Constitucional «intérprete máximo de la Constitución», según su Ley Orgánica. En segundo lugar, hay que hacer notar que ese desarrollo de la competencia llevada a cabo por el Estatuto a través del desglose de materias principalmente no puede impedir la penetración de las mismas por la Ley de Bases, dado el carácter principial, y en ese sentido omnicomprensivo de las mismas.

Parecidas observaciones pueden hacerse cuando se considera la actuación sobre lo básico del legislador autonómico. De acuerdo con las posibilidades estatutarias las Comunidades Autónomas deciden las intervenciones, legislativas y de ejecución, a través de las cuales se desarrolla lo básico, pero no definen lo básico. Lo básico no es lo que queda tras desarrollar una materia, es justamente lo que antecede al desarrollo por parte de la Comunidad. Es evidente que el espacio para el desarrollo, depende de la extensión de lo básico, pero la definición de lo básico no corresponde a la Comunidad autónoma por la vía de establecer el alcance del desarrollo. La única intervención de la Comunidad Autónoma, como tal, en el establecimiento de lo básico ha de producirse a través de la intervención de aquella en el proceso legislativo en el Senado. Volvemos entonces a encontrarnos con la idea de la integración *versus* exclusión. El incremento de la autonomía llega no a través de la reclamación de nuevos espacios de actuación, sino de las oportunidades de participación en lo común.

*Las leyes del 150 CE* modulan el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se verifica en la Constitución y los estatutos de autonomía. Pero sin olvidar que, en concreto en el caso del apartado 2º, estamos ante competencias estatales cuya disposición corresponde decidir unilateralmente al Estado. La delegación y transferencia de materias de competencia estatal no deben de reflejarse ni, diría yo, siquiera invocarse en el estatuto de autonomía, pues se trata de cuestiones sobre las que corresponde en exclusiva pronunciarse al legislador estatal, aunque, en la línea de lo dicho antes, haya de tenerse en cuenta la posición de las Comunidades Autónomas, especialmente en el Senado, al aprobarse la correspondiente ley de transferencia o delegación.

En concreto no tendría sentido servirse de la técnica de las materias conexas, incluyendo en el estatuto cláusulas receptoras o anticipadoras de competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por la vía que estamos considerando que no poseerían, de cara a su modificación, la condición de preceptos estatutarios[10]. Nos encontraríamos entonces o bien con un mandato al legislador estatal de dudosa pertinencia constitucional, que tampoco podría salvar la «constitucionalidad» estatutaria; o

[10] En el caso de la ley orgánica la problemática de las materias conexas se refiere a aquellas cuestiones relacionadas de modo directo e inevitable con el objeto de la reserva, incluidas en el texto normativo por razones de sistematicidad o seguridad jurídica, pero a las que no les alcanza la congelación de rango propia de la ley orgánica, quedando disponibles en el futuro para el legislador ordinario.

11113-130-Estado autonómico38 14/10/05 15:31 Página 130



bien ante una cláusula cuestionable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues surgirían dudas sobre el verdadero rango de la regulación de estas materias, y del título estatutario o estatal de las competencias objeto de la delegación o transferencia[11].

[11] El sentido de nuestras observaciones no es oponernos a la utilización del artículo 150.2 para acrecentar las competencias de las Comunidades Autónomas, especialmente teniendo en cuenta las posibilidades de ejercicio coordinado y, en su caso, de control, que ofrecen las figuras de la transferencia y delegación a que se refiere este precepto. Este instrumento podría utilizarse en el caso de competencias sobre inmigración o la gestión de determinados servicios públicos cuya titularidad corresponde al Estado y al que no conviene seguramente privar de instrumentos de intervención generales, habida cuenta de la eventualidad de crisis o la necesaria garantía de determinados estándares comunes en la verificación de prestaciones en todo el territorio nacional.

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 131

# REFORMA Y LÍMITES DEL ESTADO AUTONÓMICO

**José Acosta Sánchez**
*Catedrático de Derecho Constitucional*
*Universidad de Córdoba*

## I

Las amenazas que se han alzado contra la Constitución en el nuevo ciclo de reformas de los Estatutos de Autonomía nos han hecho percibir que su estudio y el de las insólitas perspectivas políticas que se han abierto demandan una cierta teoría de la evolución del poder territorial en España bajo la Constitución de 1978 y las respuestas a la nueva situación. Lo que sigue es una reflexión sobre algunas posibles piezas de esa necesaria construcción teórica.

Contra al interesado simplismo que desde posiciones nacionalistas presenta al Estado Autonómico presidido, sobre todo, por una «lógica regionalizadora» (Ferran Requejo), sobran razones para sostener que el modelo español es una de las formas de organización territorial del poder más complejas. Ello a causa, a nuestro juicio, de que a sus tres componentes reglados –el unitario, el autonómico y el federal– ha acabado por superponerse (con agresividad en el caso vasco) un cuarto elemento ajeno a los fundamentos del sistema, abrigado en ciertas fisuras o intersticios de ambigua índole de algunas disposiciones constitucionales, además de nutrirse de unas prácticas políticas que se han revelado endémicas de los gobiernos centrales en minoría.

Dicho cuarto elemento, no invitado en su día por el constituyente, ha viajado, sin embargo, de polizón, por así decirlo, en el Estado Autonómico, con grandes ambiciones. No es otro que el confederal, y sus refugios han sido, básicamente, como luego ampliaremos, el artículo 2 de la Constitución, la Disposición Adicional 1ª, la transitoria 2ª, la derogatoria 2ª y el artículo 150.2, éste en tanto cláusula de apertura indefinida en la descentralización del Estado. A lo que hay sumar las consecuencias estatutarias y legales de la Adicional 1ª en los privilegiados sistemas de financiación de las dos comunidades autónomas concernidas por ella, y en particular, su derivación expansiva en la Adicional del Estatuto Vasco, cuando dice: «la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia». Con lo cual se apunta una reserva de soberanía originaria que según la misma disposición podrá ser actualizada, y aunque esto haya de ser «de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico», hoy se ve que éste se reduce a la llamada «Propuesta de Reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» o Plan Ibarretxe.

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 132



Una práctica nutricia de ese cuarto componente irregular del Estado Autonómico que es el confederalista viene siendo el *bilateralismo*, conjunto de tratos opacos entre determinados gobiernos autonómicos y el español en legislaturas en que éste se encuentra en minoría parlamentaria (de 1993 a 1996, de 1996 a 2000, y desde las últimas elecciones).

Las consecuencias de ese entreverado de cuatro elementos en el Estado de las autonomías - el unitario, el autonómico, el federal y el confederal - se desencadenan cuando lo que solo había sido un confederalismo subyacente –e interticial en cuanto apoyado en las referidas disposiciones de la Constitución– emerge con los hechos cruciales de 1998 y toma cuerpo en la Declaración de Barcelona y el Pacto de Lizarra. Para desembocar en septiembre de 2002 en el primer planteamiento explícito de secesión con la exigencia inequívocamente confederal de un pacto de «libre asociación» de Euskadi con España, que se articula en 2003 etiquetado como reforma estatutaria, en paradoja destellante.

El planteamiento es secesionista porque, obsesivamente además, prescinde de lo jurídico y se lo juega todo en lo político. Siendo característico en ello que se presente el desideratum de «una nueva forma de convivencia» con el Estado español como talismán que todo lo legitime, en primer lugar la quiebra constitucional. Queriéndose soslayar que la nueva forma de convivencia tiene que pasar por romper la existente; es verdad de perogrullo que el pacto de «libre asociación» no puede darse sin que antes se separen los futuros socios. Verdad de tal naturaleza se intenta sin embargo borrar, por tres vías: presentando como un pacto o contrato político entre Euskadi y el Estado español el Estatuto, ley orgánica que además es materialmente constitucional; atrincherando la argumentación en derechos históricos y en el sofisma correlativo de que éstos legitiman un poder constituyente vasco; y pretendiendo finalmente justificar la evasión del «Plan» del ámbito del Derecho con la acusación de que el supuesto pacto político entre el País Vasco y España ha sido roto por el Estado español.

Aclarados los contornos del caso, un punto capital en la reflexión sobre su tratamiento es el de relaciones entre la forma de Estado –democrático y de Derecho- y el derecho de autodeterminación. Nos parece evidente de entrada que un secesionismo estricta y crudamente político no da para ese derecho, sino solo para la pretensión de un poder de autodeterminación sin base jurídica alguna. Explicable, no obstante desde el hilo conductor de esta ponencia: con la Constitución española no es posible sustentar un derecho de autodeterminación de parte del Estado, pero las fisuras o interticios confederales que ella contiene, manipulados y ensanchados mediante cuñas de diverso orden, han engendrado un incierto poder de secesión. Se ha desatado, en suma, la confrontación clásica entre lo que un orden constitucional dispone y lo que los poderes en juego puedan imponer.

Pretendiendo ejercitarse ya abiertamente ese poder de secesión, la pieza básica de nuestra teoría del problema estriba en responder a esa pre-

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 133



tensión con el principio democrático y el del Estado de Derecho funcionando en simbiosis, junto al convencimiento de que la autodeterminación es la idea central de la democracia.

## II

### 1

Nuestro método pasa por la cuestión capital de dilucidar las situaciones que han marcado el problema territorial en España desde 1978 y en contrastar las mismas con las doctrinas que sobre cada una de ellas se han dado en la teoría del Estado, en la de la Constitución o en la ciencia política.

La primera situación del poder territorial en España bajo la Constitución es aquella en que la proyección del Estado Autonómico llamada a consolidarse parece que vaya a ser la de un predominio creciente de sus elementos federales, hasta invitar a pensar incluso en la meta de un Estado federal material, perfeccionada la funcionalidad federal con un Senado vertebrador y el conjunto de órganos y técnicas de coordinación y cooperación que caracterizan al moderno federalismo.

Esa dirección, en la que parecía poder desarrollarse constructivamente la descentralización del poder aquí, hallaba apoyo en solventes interpretaciones sobre la naturaleza del Estado Autonómico y en teorizaciones sobre los Estados compuestos que se habían venido dando desde finales del siglo XIX hasta las décadas centrales del XX. En la doctrina española se reconocía así la «*sustancial acogida* de los principios, técnicas y soluciones federales» en nuestro modelo. «La forma de organización territorial del Estado español resultó ser sustancialmente idéntica a la de cualquier Estado federal», según GONZÁLEZ ENCINAR. «Los elementos del sistema autonómico –sentaba Eliseo AJA– corresponden a los propios de los Estados federales modernos. Quizá sea hora de afirmar –añadía– que el sistema autonómico equivale a uno federal de tipo europeo». «Avanzado ya el proceso hasta puntos de difícil retorno –sostendrá ENOCH ALBERTI–, se perfila un sistema compuesto perfectamente homologable con los sistemas compuestos federales de Derecho comparado». Y se resaltaba lo mucho que se había relativizado la separación entre el Estado Autonómico y el federal con el paso del federalismo dual y de confrontación al federalismo cooperativo. Pero lo más relevante era la proximidad que se captaba entre lo autonómico y lo federal al difuminarse la que había sido considerada diferencia básica entre ambos, o *autonomía constitucional* de los miembros del Estado federal, inexistente en los del Estado Autonómico. En ello, Gumersindo TRUJILLO fue especialmente clarificador. «Ninguno de los significados atribuidos a la expresión *autonomía constitucional,* cualidad de la que no disfrutan las Comunidades Autónomas, permite sin más establecer una *diferencia cualitativa jurídicamente determinante* entre las Comunidades Autónomas y los Estados miembros de la Federación», sostuvo.

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 134



Esa posición, que partía del concepto de «originariedad jurídica» de CRISAFULLI, era de gran interés metodológico, al llevar la cuestión de la naturaleza del Estado Autonómico a un campo de conocimiento cimentado a lo largo de tres siglos por la teoría federal, que culminó situando el problema de la naturaleza del Estado federal en la de sus Estados miembros. Enfoque aplicable al Estado Autonómico tras las cuatro explicaciones dadas en los dos últimos siglos a la naturaleza de los miembros de aquel: 1) son Estados que comparten soberanía con el Estado central; 2) son Estados sin soberanía, monopolizada ésta por el Estado central; 3) son Estados sin soberanía al igual que el Estado central; y d) no son Estados.

La explicación primera es la de la *cosoberanía*, nació en los Estados Unidos de la décima Enmienda de su Constitución, la trajo a Europa TOCQUEVILLE, arraigó en la doctrina helvéticas tras el proceso constituyente de 1848 (en su artículo 1 la Constitución suiza de ese año reconoce la soberanía de los cantones), y tuvo su primera teorización en la obra de G. WAITZ de 1862, *Grundzüge der Politik*. La segunda explicación la inaugura G. MAYER en 1872, la extiende LABAND y la consolida JELLINEK. La tercera, que solo reconoce una soberanía exterior al Estado central y a los Estados miembros de la Federación, el «tercer círculo» o totalidad estatal (*Gesamtperson*, *Gesamtstaat*, o *Gesamtverfassung*), aparece en los *Studien* de Haenel de 1873, recibe diez años más tarde su primer impulso con Gierke, se enriquece con KELSEN y tiene sus desarrollos finales en la obra de Nawiasky de 1950, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutchsland*.

La cuarta explicación es la que nos interesa, al sentar unas bases teóricas que igualan en sustancia las partes del Estado federal y las del Estado Autonómico. Data de 1880, con el *Staatsrecht* de ZORN, que reconoce la soberanía como esencia del Estado, y ante el hecho de la Federación de Estados niega a éstos la condición de tales, concentrando la soberanía en el Estado central. Los desarrollos más interesantes de esa posición son en el siglo XIX los del suizo BOREL y el francés LE FUR, y en el XX los de Hermann HELLER, DURAND, CRISSAFULLI y RIALS.

Para BOREL, en 1886, Estado federal «es aquel en que participan en la formación de la voluntad soberana colectividades públicas, que se distinguen así de municipios y provincias y adquieren por ello la condición de miembros del Estado»[1]; se concreta la participación en la producción de la ley y la reforma de la Constitución mediante una Cámara especial. No cuenta la autonomía constitucional de los miembros del Estado federal, y no son Estados porque han perdido la soberanía originaria al integrarse en un Estado superior cuya Constitución es ley suprema. Por lo demás, el hecho de que las colectividades helvéticas, referencia eje del autor, tengan una fuerte personalidad cultural «producto de una existencia de muchos siglos»[2], en nada influye en su caracterización jurídico-política.

---

[1]. Eugene BOREL, *Etude sur le souverainetè et l´Etat fèdèratif*, Tesis, Berna, 1886. pág. 177.

[2]. *Idem*, pág. 176.

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 135



Diez años más tarde, LE FUR afina distinguiendo en los miembros del Estado federal «su carácter de colectividades públicas autónomas, que *las aproxima a las provincias autónomas del Estado unitario*» y su «condición de partícipes en la formación de la voluntad del Estado»[3], siéndolo «en la sustancia misma de la soberanía y no solo en su ejercicio»[4], mediante una Cámara de las colectividades, en la producción de la ley y la reforma de la Constitución. Siguiendo a ZORN, a BOREL y a LE FUR, Herman HELLER afirma en 1927: «Construidos con rigor los cenceptos de Estado y soberanía, no se está en situación de atribuir a los *Ländern* la cualidad de Estados»[5]. Los miembros del Estado federal son también para HELLER colectividades con características propias, de parecida sustancia jurídico-política por tanto que las comunidades del Estado Autonómico.

De interés especial tiene la posición de Charles DURAND. «La diferencia jurídica –dice– entre federalismo y descentralización no estriba en la mayor o menor extensión de la autonomía que producen, sino en que tal autonomía reposa, en el caso de las colectividades internas del Estado unitario descentralizado, *sobre la ley ordinaria de dicho Estado, que puede siempre abolirla o modificarla*, mientras que en el caso del Estado miembro de una federación su autonomía depende de una Constitución interna rígida»[6]. La rigidez de los cuatro Estatutos de autonomía superiores en el Estado Autonómico español, que exigen la participación del pueblo de las comunidades para su reforma, anula también ese otro *signu specificum* del miembro del Estado federal respecto a la comunidad autónoma española.

Será Vezio CRISAFULLI quien ahonde en la línea de BOREL y LE FUR, centrando la naturaleza de los miembros del Estado federal en el papel que juegan y en lo que son realmente sus ordenamientos jurídicos bajo la totalidad federal, y demostrando la accesoriedad de la fuerza originaria de los mismos. Es por ello que el maestro italiano, quien crítica con más rigor la doctrina dominante desde JELLINEK, de separación esencial entre Estado federal y Estado políticamente descentralizado sobre la base de la naturaleza estatal de los miembros del primero. Cabe recordar que el propio JELLINEK ya introdujo en su teoría la significativa matización de que «los Estados miembros de la Federación sólo conservan el carácter de Estados cuando actúan en la esfera en que están libres del poder federal», es decir, no son Estados «en todo momento»[7]. Y desde luego, los «momentos» en que lo son serán cada vez menos desde JELLINEK hasta aquí, con la

---

3. Louis LE FUR, *Etat fédéral et Confédération d´Etats*, París, 1896, pág. 678.

4. *Idem*, pág. 602.

5. Hermann HELLER, *Die Souveränität*, Berlín y Leipzig, 1927, págs 117 y 110.

6. Charles DURAND, *Confédérations d´Etats et Etat Féderal*, Librería Marcel Riviere, París,1955, p. 23.

7. Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Rios, Albatros, Buenos Aires, 1954, pag. 580. La importancia del matiz se ve desde la concepción germana de la dominación como esencia del Estado. Así,explicará Jellinek,en cuanto *dominar es una actividad necesaria al Estado...,el miembro de una federación es Estado si no se halla sometido al poder del Estado central –cuando y en lo que no se halle sometido a ese poder– y pierde el caracter de tal cuando queda sometido al mismo+ (idem, idem).

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 136



aparición, ya en el período de entreguerras, del «federalismo racionalizado», registrado por MIRKINE-GUETZEVITCH en su señera obra de 1930[8], con la «revolución federal» norteamericana del New Deal, y con la extrema racionalización que representarán en Europa tras la II Guerra Mundial el «federalismo cooperativo», la concepción del «Estado federal unitario» y el constante impulso hacia un federalismo unificado que aportan las jurisdicciones constitucionales de Suiza, Alemania y Austria. A lo que podría añadirse que la base de la teoría de JELLINEK, la dominación como esencia del Estado, no tiene cabida en el Estado federal democrático.

## 2

Así pues, la eficacia federal del Estado Autonómico y sus sólidos avales doctrinales podían hacer que su estabilidad y perfeccionamiento autorizasen a hablar con el tiempo de un Estado federal material, como salida a la bastante confusa organización territorial española. Sin embargo, vendría una segunda situación, y precisamente debido al éxito, nunca sospechado, del Estado Autonómico. En efecto, la extensión que ya alcanza éste a mediados de los noventa, tras cumplirse el punto 2 del artículo 148 de la CE mediante la reforma de los Estatutos de vía lenta, el grado de homogeneidad competencial que implica, y, por otra parte, la hondura del autogobierno en las dos comunidades con más fuerza identitaria, producen la paradoja de poner en crisis el despliegue federal, que prometía plasmarse en una forma material de Estado de ese signo.

Esa paradoja del Estado Autonómico tiene lugar porque su éxito, a dos escalas -la de los autogobiernos más cualificados y la general, vista ésta como agraviante desde Euskadi y Cataluña- operaron como golpes de fusta sobre los nacionalismos vasco y catalán. Con especial fuerza sobre el PNV, que emprendió su huida hacia delante confederal espoleado adicionalmente por la crucial coyuntura del verano de 1998, que lo coloca entre la convulsa crisis del terrorismo etarra y el movimiento sin precedentes de la opinión pública española desencadenado por los hechos de Ermua. El pacto de Lizarra plasma esa mutación del PNV, acompañado en la misma coyuntura por la operación a lo «Galeusca» que fue la Declaración de Barcelona, primera ofensiva general del nacionalismo periférico contra la Constitución. Cuatro años después, y desde 2002 a hoy, el Plan Ibarretxe es cúlmen de la paradoja del Estado Autonómico.

Y hay que constatar que, como la primera situación, esa segunda, de irrupción de las pretensiones confederales, también había sido ya teorizada. Pues se trataba de la contradicción, ya sometida a mucho análisis, entre federalismo y nacionalismo, en la fase última de ambos movimientos a escala estatal. A finales del siglo XX, en efecto, había pasado a la historia el federalismo-nacionalismo. Dejaba de operar la función clásica de lo federal como herramienta de la construcción nacional. Quedaba clausurado su primer gran ciclo, el nacionalista (tan efectivo en el siglo

[8]. *Les Constitutions de l´Europe Nouvelle*, París, 1930, pág. 24.

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 137



XIX en EE.UU, Suiza y Alemania). En las sociedades multiculturales solo es sostenible ya el llamado «federalismo pluralista», bajo el que no cabe ningún tipo de nacionalismo, ni el de Estado, transformado ahora en «patriotismo constitucional» (casos de EEUU y Alemania), ni los nacionalismos minoritarios, detenidos por cristalización de sus gérmenes culturales. El arquetipo es Suiza, «confederación» que es una federación multicultural sin nacionalismos de ninguna clase.

La teoría política veía ya muy claramente (aquí Miquel CAMINAL, 2002) la incompatibilidad insuperable desde finales del XX entre federalismo y nacionalismo. Y en el XXI se evidencia cada día más que «la cultura del federalismo se opone (…) a la actitud del nacionalismo, renuente a renunciar a su demanda básica, la de la autodeterminación. Por ello los países federales exitosos no tienen nada que ver con el nacionalismo» (Juan José SOLOZÁBAL, 2004 ).

En la historia última y en el Derecho Constitucional las demostraciones de la contradicción federalismo/nacionalismo son contundentes. La implosión yugoeslava fue terminante. El nuevo Estado federal belga, desde su Constitución de 1993 queda fragilizado en su estructura binacional. El alto grado de civilización ha impedido allí y seguirá impidiendo, seguramente, la deflagración del nacionalismo flamenco o del valón, pero el primero sólo espera la disolución del Estado federal y la emergencia de una confederación, estimulado por el papel de Bruselas como capital de la Unión Europea, la confederación más compleja de todas las conocidas. El caso belga es antológico en la órbita de la Unión Europea de la contradicción referida. Y en el Norte de América lo es el caso de Canadá, con un nacionalismo enquistado en el seno de la Federación.

En resumen, la segunda situación del problema territorial bajo la Constitución de 1978 aparece al tomar cuerpo la contradicción entre el inicial y prometedor desarrollo federalizante del Estado Autonómico y el rumbo confederalista que toman los nacionalismos vasco y catalán desde el giro de 1998. Y los mimbres de ese confederalismo periférico no fueron otros que las fisuras e intersticios de signo confederal que las fuerzas nacionalistas lograron introducir en la Constitución durante el proceso constituyente, contando para ello con buenos abogados en el seno del propio partido entonces gobernante y con la buena fe de socialistas y comunistas, asentada en el noble afán de dotar al texto de 1978 de la máxima capacidad integradora, también en la lógica intención de conducir a los nacionalistas a aprobar la Constitución y en el objetivo digno de aplauso de evitar derivas independentistas, así como fortalecer la unidad de los demócratas contra el terrorismo, que entonces colmaba su barbarie.

En el cuadro de intersticios o fisuras de la Constitución a que nos referimos y hemos presentado al comienzo se registra un mínimo de cuatro disposiciones constitucionales que han permitido a los nacionalistas numerosas manipulaciones de signo confederal, a base de enlazar supuestas soberanías originarias de Euskadi y Cataluña con conceptos, términos

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 138



y una vía de transferencia de competencias que constan en dichas disposiciones, ambiguos los primeros y abierta a los vaivenes electorales la segunda: las «nacionalidades» del artículo 2 (introducidas a propuesta del entonces diputado nacionalista Miguel ROCA), que inevitablemente se prestan a su lectura como naciones, y que, acompañadas del «reconocimiento del derecho a la autonomía» pone al alcance del nacionalismo una limitación del poder constituyente, pues como con los derechos, en este punto «reconocer» no es crear, sino admitir lo preexistente, que se presenta por tanto límite previo a la soberanía de España; además, en la confusión de los debates constituyentes, catalanistas del PSC y socialistas como PECES-BARBA conectan el término «nacionalidades» a la idea de España como «nación de naciones», noción en sí ininteligible pero muy útil para equivalerla a la de Estado *plurinacional* y poner cómo con ésta en cuestión una única soberanía nacional, propugnandose la *co-soberanía* o *soberanía compartida*, fórmulas de obvio alcance confederal (ver, *La soberanía de Cataluña y el Estado plurinacional*, documento aprobado por el Consejo Nacional de UDC el 31 de mayo de 1997); la Disposición Transitoria 2ª, que poniendo nombres implicitámente a las «nacionalidades» del artículo 2 (nombres explicitados en 1993 en el *Diccionario de Términos Autonómicos* del Ministerio de Administraciones Públicas) hace entrar en escena una historicidad también previa a la Constitución, la de las «nacionalidades históricas», igualmente manipulables como limitación de la soberanía constituyente española; la Disposición Adicional 1ª (aportación en su primer párrafo del PNV, como es bien sabido), respecto a cuya disponibilidad para interpretaciones confederales resulta superfluo llamar la atención a estas alturas, sobre todo tras el Plan Ibarretxe; el artículo 150.2 (aprobado mediante enmienda presentada por Javier ARZALLUS) con su ilimitada capacidad centrifugadora de competencias de titularidad estatal y un uso ligado al bilateralismo y a la idea de un incremento indefinido de poderes inherente a las construcciones nacionales del País Vasco y Cataluña.

Sobre las complicaciones ideológicas y la transcendencia de todos esos polémicos contenidos de la Constitución, más otros no mencionados aquí, ya advirtió en términos rotundos GARCÍA PELAYO al constituyente español, como también es sabido.

Junto a esas disposiciones constitucionales manipulables en sentido conferalista, hay, como también adelantamos, una práctica típica del Estado Autonómico a la que subyace el confederalismo y la plurinacionalidad del Estado aneja: el bilateralismo, trato de tu a tu, desregulado y opaco, entre gobiernos de Cataluña y el País Vasco y los de España, en legislaturas sin mayorías absolutas en el Congreso. Y hay un concepto no constitucionalizado vinculado también a la visión confederalizante de España: el del *hecho diferencial*, «nota distintiva principal del Estado autonómico respecto a los Estados federales», ya que «para acabar de explicar el primero hay que añadir la existencia de hechos diferenciales en algunas comunidades autónomas, factor que no existe en Alemania, ni en

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 139



Austria ni en los Estados Unidos, porque la posición jurídica de los Estados miembros es exactamente la misma» (Eliseo AJA FERNÁNDEZ, 1996). Se acaba de comprender que algo tan característico del Estado Autonómico como son esos «*hechos diferenciales*» tenga un trasfondo confederal sabiendo que el *hecho diferencial* básico de Cataluña, por ejemplo, es ser nación, de la que esos términos son metáfora, usada tácticamente a veces. Miguel ROCA JUNYENT lo explicó: «En Cataluña *hecho diferencial* es la expresión que utilizábamos cuando teníamos que decir *nación*» (*Anuario* de la Universidad de Murcia, 1996). «Por ello -termino de clarificar en otra ocasión- no se nos puede pedir un compromiso para cerrar el modelo autonómico» (*El País*, 10 de septiembre de 1995).

Por eso y todo lo anterior ha sido y es incompatible con los intereses nacionalistas la federalización del Estado Autonómico, con la que éste iría dejando de ser confederable y camino para alcanzar pactos de soberanía entre las naciones del Estado *plurinacional*, «nación de naciones»; pactos que son desideratum del nacionalismo secesionista, verdad ya está candente en el País Vasco.

## III

La tercera situación o fase del problema del poder territorial bajo la Constitución de 1978, en la que estamos desde 2002 y se dirige a su punto de apogeo, se produce pues cuando las tendencias confederales desembocan en un secesionismo explícito en el área vasca y en la catalana en una construcción nacional veteada de aspiraciones cosoberanistas e independentistas. Hay, sin embargo, una diferencia relevante entre la presente fase del problema y las dos anteriores, y es que, a diferencia de a éstas, a la actual no le han precedido ni acompañan teorías ni doctrinas maduras.

Nuestra posición ante ese tan considerable vacío parte de un estudio propio publicado un año antes del crucial 1998, una de cuyas conclusiones era esta: «Sólo en la medida en que se materialicen las reivindicaciones ya tan explícitas de *soberanía compartida* o *cosoberanía* es pensable (como respuesta) la formación de un Estado federal español. Es la hipótesis de que Cataluña consiguiese el trato confederal en los asuntos culturales, la extensión a ella de la fisura confederal del sistema de Concierto y Cupo, y otros encajes *cosoberanos* en el Estado español, así como que el nacionalismo vasco tuviese éxito en la operación de utilizar la Disposición Adicional primera de la Constitución para lograr en alguna medida el reconocimiento y ejercicio del derecho de autodeterminación del País Vasco» («Federalismo y confederalismo en las fuentes y horizonte del Estado Autonómico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Núm. 21 (Monográfico), I, 1997, pp. 61-106, cita en pp. 103-104 )

Siete años después de formulada en aquel trabajo, se ha convertido en hecho la hipótesis de que el nacionalismo vasco pasase a la acción en lo

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 140



de la autodeterminación manipulando la Adicional 1ª, reduciéndola como primera medida a su primer párrafo. Y el hecho se ha producido al más alto nivel institucional, al adoptar el Gobierno y Parlamento vascos la «Propuesta de Reforma de Estatuto de la Comunidad Política de Euskadi», en cuyo Preámbulo reza: «Las ciudadanas y ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Euskadi (…) en virtud del respeto y actualización de nuestros derechos históricos recogidos (…) en la Constitución Española, manifestamos nuestra voluntad de formalizar un nuevo pacto político para la convivencia». De la obra del poder constituyente del pueblo español se pretende así extraer un pacto de asociación –tras un acto de secesión, obviamente– entre el Estado creado por aquel y una de sus partes. O sea, un designio radicalmente inconstitucional se presenta, además, envuelto en el sin sentido democrático y jurídico de pretender una cesura confederal de España unilateralmente. Contradicción en los propios términos de tal proyecto que tiene su fuente en el imaginario supuesto nacionalista de que la Constitución oculta desde que se aprobó una confrontación entre soberanías, la del pueblo español y la del pueblo vasco.

Realizada la hipótesis secesionista, nuestra teoría sobre las respuestas pone en primer plano la simbiosis del principio democrático con el Estado de Derecho, con todas sus consecuencias lógicas, y la prioridad de desarrollar coherentemente los elementos federales de la organización territorial del poder bajo la Constitución de 1978, como vía para consolidar con la mayor racionalidad y rigor la unidad de España.

El despliegue de esa tesis es el siguiente. Si el Plan Ibarretxe se define como destrucción de la unidad que es seña de identidad de nuestro actual grado de civilización, la que existe entre democracia y Derecho, totalitarizando el primero y eliminando al segundo, creemos que ha de reconocerse, de otro lado, que nuestra Constitución deja abierta la posibilidad –rentable políticamente desde la falacia– de un reproche de restricción del principio democrático. Aunque no imputable al poder constituyente. Por cuanto es incuestionable que en ningún momento latió el desideratum secesionista (y si se ocultó por estrategia por lo mismo permaneció invisible) en los partidos nacionalistas participantes en el proceso constituyente, ni era posible prever en aquellas circunstancias la manipulación confederalista de las disposiciones constitucionales mencionadas que harían luego dichos partidos. Hay que recordar que aún a la altura de 1992, Javier Arzallus expresaba convencimientos como este: «El sueño independentista se ha acabado para todos (...) Los nacionalismos actuantes de verdad son hoy precisamente los Estados, que se resisten a perder soberanía» (*El País*, 20-1-1992) Y eso se dijo en plena deflagración de los nacionalismos dentro del imperio soviético y en Yugoslavia. Igual de lejos estaba CiU entonces de la *cosoberanía* o *soberanía compartida* que desde la segunda mitad de la década reivindicarán machaconamente sus líderes, con pertinacia Duran i Lleida, y de forma tronante Mas, ahora. Pujol, 1991: «Cataluña es una nación con los mismos derechos que Lituania y Eslovenia, salvo que los ejerce a través de la autonomía (…) y hablar

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 141



de la evolución de la autonomía a la independencia no tiene sentido» (*Le Monde Diplomatique*, diciembre de 1991, p. 3)

Por tanto, en absoluto puede acusarse al constituyente de imprevisión sobre la posibilidad de iniciativas secesionistas, y de no haber cerrado a plenitud el círculo del principio democrático con el Estado de Derecho. Ahora bien, cuando la realidad dice que el Parlamento de una comunidad autónoma ha aprobado de espaldas a la Constitución una propuesta para dislocar la misma del Estado y pactar luego con éste desde la soberanía, inevitablemente se suscita la honda cuestión que sigue. ¿Debe afrontar la Constitución con sus actuales normas otro muy probable intento secesionista, incluso en la próxima legislatura de la misma comunidad autónoma, dejando así paso a la falaz coartada de que se emplea el principio democrático de la mayoría contra el Estado de Derecho porque éste no deja otro camino, en tanto no contempla la realidad ya dada? ¿No sería mejor que, perfeccionando la unidad del principio democrático con el Estado de Derecho, la Constitución acoja esa posibilidad e impida que de nuevo quede a disposición de los secesionistas la pseudo legitimidad de aducir que actúan contra aquella porque coarta la democracia, al limitarse a ignorar la posibilidad de que una mayoría de ciudadanos de una comunidad autónoma desee la separación de la misma de España y un nuevo trato con ésta, y lo manifieste en referéndum?

Dejando eso en el aire puede producirse, por lo demás, algo tan turbio y nefasto como la interpretación de que en las urnas de unas elecciones autonómicas ordinarias los ciudadanos han dicho sí a la separación de la misma de España al votar mayoritariamente a los partidos que la llevaban en su programa y la han defendido en la campaña electoral.

Dos formas, pues, de entender el problema: creer que la Constitución dispone de lo necesario para hacer frente al secesionismo de la mejor manera posible, o creer que la mejor defensa contra éste consiste en someter a específicas normas constitucionales todo intento hacia él. Se soldaría así enteramente el Estado de Derecho al principio democrático, y se echaría por tierra la carcasa de pseudo legitimidad de quienes con el segundo atacan al primero, bajo la falacia de que la Constitución hace lo contrario, coartar con el primero el segundo.

En democracia, lo que no se puede impedir debe regularse, someterse a norma. Si no ha sido posible evitar que se desencadene el primer intento de secesión, la Constitución debe prever que se repita y establecer las condiciones a que debe someterse el siguiente intento. Y la condición primordial resalta a la luz de la propia naturaleza de la democracia: toda iniciativa institucional de la gravedad y trascendencia de un intento de secesión es incompatible con la existencia de una organización terrorista vinculada a tal propósito. Y no de que actúe o no, o marque o no treguas, sino de que exista.

La segunda condición es fijar la mayoría ciudadana necesaria para aprobar una propuesta institucional secesionista. Creemos que la especificidad

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 142



histórica de nuestro constitucionalismo democrático permite resolver esa cuestión con sencillez y coherencia democrática y jurídica incuestionables. Ello, en virtud de la conexión indiscutible de la Constitución de 1978 con la de 1931, a través de la Disposición Transitoria Segunda de la primera y el artículo 12, b) de la segunda. Si por dicha Disposición fueron reconocidos y convalidados los plebiscitos realizados en las provincias catalanas, vascas y gallegas para constituirse en regiones autónomas, y según lo establecido en el mencionado artículo de la Constitución de la II República hubo de ser aceptando la propuesta de autonomía las dos terceras partes, por lo menos, de los electores inscritos en los censos de cada una de las traes regiones, cae por su propio peso que para el paso capital de la autonomía a la soberanía (necesaria para el «pacto de libre asociación» posterior con el Estado) debe exigirse una mayoría superior a la que permitió acceder solo a la primera.

La dificultad fundamental no estriba, sin embargo, como es obvio, en constitucionalizar esas nuevas condiciones de defensa de la unidad de España frente al secesionismo, sino en la propia constitucionalidad de dicha operación. Lo que nos lleva al terreno de los límites materiales de la reforma de la Constitución española. No existe ninguno explícito, pero, como para la reforma de toda Constitución, la reforma de la española tiene límites implícitos, como de sobra es también sabido. La cuestión se concreta en si el artículo 2 de la Constitución contiene uno de esos límites implícitos a la reforma de ésta, e impide por tanto innovar la defensa constitucional contra el secesionismo. A simple vista es así, ese límite parece evidente. Pero otra peculiaridad de la Constitución española, compartida por la suiza y la austríaca, la cláusula de «revisión total» del artículo 168, aporta complejidad a la interpretación del artículo 2. Quizá pudiera haber llegado la hora de que el intérprete supremo de la Constitución dilucidase la naturaleza y contenidos de tal cláusula en el punto en que estamos. Para lo cual hay la amplia jurisprudencia sobre la materia de las jurisdicciones constitucionales de los Estados mencionados. En particular, es enjundiosa al respecto la doctrina del Tribunal Federal helvético, construida sobre las experiencias de dos «revisiones totales» de la Constitución federal de aquel país, la de 1874 y la reciente de 1999. Añadiéndose a tan rico y reciente acerbo jurisprusprudencial sobre dicha cláusula otro dato de extraordinaria utilidad también para el caso español: el radical papel que juegan el principio democrático y los instrumentos de democracia directa en aquel sistema. El Tribunal Constitucional austríaco también se vio obligado hace tiempo a desentrañar, de manera muy sugerente para el caso español, la cláusula en cuestión, implementando a la Constitución por esa vía de manera muy sustantiva, que llega hasta la configuración de una metodología para el uso del referendum en conexión con el gran problema de la «reforma total» de la Constitución austríaca.

Finalmente, y como fue avanzado, nuestro esbozo teórico frente al secesionismo va más allá de la problemática de una innovación de las defensas constitucionales, y contempla la vía hacia un Estado federal material como

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 143



más idónea y efectiva a la hora de neutralizar a medio y largo plazo el confederalismo. La primera medida básica al respecto sería extender la garantía democrática a los Estatutos de las trece comunidades autónomas en las que aún son simples leyes orgánicas aprobadas por el poder legislativo central, o sea, promover la ratificación por referendum de dichos textos. Ello significaría un avance cualitativo en la igualación federal del conjunto de las autonomías y reforzar los contrafuertes de la unidad de España, en particular al corregir en buena medida el gran desnivel actual de legitimidades territoriales, importante nutriente de «legitimidades confederalistas».

La tesis es que la perspectiva abierta de un largo proceso de tensiones y turbulencias confederalistas puede hacer que cobre nueva fuerza el componente federal del Estado Autonómico como factor de la unidad de España. Y quizá sea ese el único factor posible, desde el principio democrático y el Estado de Derecho, cerrado ya todo tipo de retorno al centralismo.

11131-144-Estado autonómico39 14/10/05 15:33 Página 144

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 145

# NACIÓN Y NACIONALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN

**Eduardo Vírgala Foruria**
*Catedrático de Derecho Constitucional*
*Universidad del País Vasco*

## I. INTRODUCCIÓN

Los términos «nación» y «nacionalidades» incluidos en el art. 2 de la Constitución Española no sólo presentan problemas de definición, incluso desde el punto de vista lingüístico[1] o dependiendo de la Ciencia desde la que se los examine (sociológica, politológica, histórica, jurídica), sino que están hoy en día, por su implicación simbólica, en la raíz de los problemas territoriales que tiene España[2], ya que dependiendo de cómo se interpreten o de cómo se reformulen nos conducen a una visión de nuestra organización jurídico-política completamente diferente. Como dijo E. TIERNO GALVÁN en las Cortes Constituyentes, «(a) veces en el texto constitucional han surgido tensiones o fricciones que tienen un carácter, a mí me parece, semiótico, carácter de significado. Me refiero al tema tan discutido de «nación» y «nacionalidades». (...) El problema tiene una clara dimensión semiótica y hay una polisemia que es frecuentísima en los momentos de transición de las palabras en el proceso histórico. Son innumerables las palabras que se han usado en este sentido y nación es una de esas palabras que están sujetas a significados polisémicos»[3]. El problema realmente es que, como señaló Philippe DE BRUYCKER, son cuestiones «que conducen esencialmente a la historia y a la ciencia política»[4] y en las que el jurista se siente lógicamente incómodo. Como se irá viendo en las páginas que siguen, una de las paradojas de la hegemonía en el imaginario político moderno de la nación es la endeblez conceptual de un término sobre el que descansan una gran parte de nuestras percepciones sociales, políticas y culturales, lo que alcanzaría al propio nacionalismo que es incapaz de proporcionar objetivos para identificar a las naciones[5]. Se suele aducir

---

[1] Sobre los diversos significados de «nacionalidad» volveré más adelante. Baste ahora decir que el DRAE define a la nación como: «Conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno» y a País como: «Nación, región, provincia o territorio».

[2] Es significativa en este sentido la reciente declaración de quien fuera Consejero socialista del Gobierno vasco, prestigioso intelectual vasco en estas materias y víctima del terrorismo J. R. RECALDE: «Yo he dejado de utilizar el término *nación* porque ha pasado a ser muy ambiguo», en *EL PAIS*-Suplemento domingo de 31 de octubre de 2004, p. 7.

[3] Citado por X. BASTIDA (1998, 143).

[4] BRUYCKER (2000, 344).

[5] PÉREZ VEJO (1999, 10), SMITH (2004, 25).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 146



una suma de una serie de principios (territorio, etnia, lengua, cultura, tradición), pero puede comprobarse que grandes naciones históricas no poseen varios de esos criterios, mientras que otros que los reúnen nunca han sido consideradas naciones[6].

En el momento actual, el tensionamiento permanente en las relaciones entre los órganos centrales del Estado y algunas Comunidades Autónomas, la también permanente apertura del Título VIII, las aventuras secesionistas del Gobierno vasco, todo ello remite en última instancia a la concepción de España como nación, aunque no se sepa muy bien qué significa, y a la consideración o no como tales de algunos de sus territorios. Ante ello, hay que decir que jurídicamente en un Estado sólo puede haber una nación, depositaria de la soberanía, y que el reconocimiento de otras naciones sólo puede realizarse forzando el sentido jurídico del término y abriendo la vía a una desmembración del Estado, contra la que está lejos de mi ánimo proponer soluciones violentas o antidemocráticas, pero sí el de ser conscientes de que con las palabras se pueden hacer juegos lingüísticos pero también encender muchos fuegos[7].

## II. LA NACIÓN Y EL ESTADO CONTEMPORÁNEOS

La nación contemporánea que hoy conocemos nace vinculada a la aparición del Estado liberal, lo que no quiere decir que el concepto no existiera con anterioridad o que no hubiera teorías anteriores sobre la nación. La necesidad de la revolución liberal de sustituir la fidelidad de los súbditos hacia el Rey o la religión obliga a encontrar algo que consiga agrupar a los a partir de ese momento ciudadanos en torno a una idea común. Esa imagen común, idealizada, será la nación como concepto inmaterial que unifica a los habitantes de un determinado territorio sometidos al mismo poder político y regido por las mismas leyes y a la que se transfiere el poder emanado de la Comunidad[8]. En ese momento, el pueblo se constituye en «nación» política (sujeto soberano) y como tal se dota a sí mismo de estructuras jurídico-políticas cuya expresión es el Estado-nación.

Sin embargo, como he señalado antes, la voz nación se utilizaba antes de la revolución liberal. Procedente etimológicamente del latín nascor (nacer) fue utilizada en la Edad Media para designar grupos humanos poseedores de un origen común con un posible ligamen de sangre, manteniendo la ilusión entre comunidades erráticas no fijadas a la tierra (la comunidad territorial era designada como patria) en las grandes migraciones de

---

[6] SMITH (2004, 26), HOBSBAWM (1992, 14).

[7] Por este motivo no puedo compartir las palabras de la actual Presidenta del TC., M. E. CASAS BAAMONDE, cuando dice que la formulación del art. 2 CE «se puede mantener o sustituir por algo similar, dicho de otra manera. El problema es que términos como `nación´ llevan demasiada carga emocional, sin atender al debate riguroso, del que se han ocupado con rigor los politólogos. Habría que descargar esos términos de su contenido emocional»: *El País*, 19 de diciembre de 2004, p. 27.

[8] PÉREZ VEJO (1999, 21).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 147



la época[9], pero sin suponer «una toma de conciencia generalizada ni acciones políticas consiguientes: lo que, sin embargo, ocurrirá con el romanticismo y con la revolución liberal»[10]. Paulatinamente va evolucionado hacia su sentido contemporáneo, de forma que ya en 1694 la Academia Francesa la define como el conjunto de habitantes de un mismo Estado, que viven bajo las mismas leyes y utilizan el mismo lenguaje[11], probablemente debido a que la Monarquía absolutista se va consolidando ya como Estado, con la consiguiente reducción de libertades de las unidades políticas menores incorporadas al Reino y que todavía conservaban instituciones locales, su propio sistema legal y una lengua diferenciada.

Por otro lado, la afirmación de la nación a partir de la revolución liberal trae causa de dos corrientes ideológicas desarrolladas durante el s. XVIII y que han marcado todas las polémicas al respecto hasta el momento actual. Ambas podemos sintetizarlas en la contraposición entre nación cívica y nación cultural, pueblo de los ciudadanos a pueblo de los ancestros, voluntad política a voluntad orgánica, nación electiva a nación étnica, nación-contrato a nación-genio, civismo a populismo, individuo a nación como individuo colectivo[12].

La primera de estas corrientes suele denominarse como individualista, racionalista y voluntarista y asume una nación «política» y «cívica». Es la propia del Occidente europeo en el que la unidad política se había constituido antes de la aparición de los nacionalismos del s. XIX, a través de las Monarquías que habían reunido un territorio en el que ejercían la autoridad. Como antes ya he señalado, la Monarquía, por medio de los impuestos para las guerras, consolidó un territorio, centralizó la administración y diferenció los instrumentos de control y cohesión del Estado, de forma que en España, Francia o Inglaterra hay expresiones de lo que hoy se denominaría un sentimiento nacional desde el s. XIII. A ello ayuda en los tres casos el principio religioso, la unidad religiosa dando lugar a una verdadera cristología real al reunir el Rey una naturaleza humana y mística[13]. En este ámbito surge una corriente de pensamiento que va de Hobbes a Rousseau, pasando por Locke y Montesquieu, en la que se fragua la ruptura con las colectividades del antiguo régimen y se preconiza la estructuración de una nueva formación social (la nación), fundamentada en el pacto o consenso de los individuos, siendo el reino de las relaciones interindividuales protegidas por el Estado a través del derecho, con un carácter puramente instrumental con respecto al individuo, configurado como mero sujeto de relaciones económicas, como individuo-propietario[14]. Para esta corriente, la

---

[9] Prieto (1993, 110), Crisafulli y Nocilla (1977, 790), Hobsbawm (1992, 25).

[10] Crisafulli y Nocilla (1977, 790). Sin embargo, parece que en inglés «nation» es entendida como un pueblo diferenciado por su lengua, leyes, costumbres, desde el siglo XIV: Smith (2004, 116).

[11] G. Burdeau, «Nation», en *Enciclopedia Universalis*, citado por Prieto (1993, 111 nota 188).

[12] Schnapper (2001, 157).

[13] Schnapper (2001, 151-153).

[14] Molas (1999, 152).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 148



nación es una agrupación de individuos libres e iguales, que poseen derechos inherentes a la persona, si bien su declaración y reconocimiento proviene de una comunidad política que se compromete a garantizarlos en un ámbito territorial determinado[15].

Por el contrario en Europa central y oriental, la ambición imperial del Sacro Imperio Romano de los pueblos germánicos (no extinguido hasta 1806) y luego la invasión otomana impidieron la creación de unidades nacionales estables, subsistiendo ciudades-Estado, ciudades independientes, reinos, principados eclesiásticos o dinásticos, de forma que en la conciencia histórica de alemanes e italianos la pertenencia cultural siempre estuvo separada de la organización política. En este entorno, especialmente en lo que luego sería Alemania, surge una concepción «étnica» de la nación, que está representada por HERDER y FICHTE, basada en la creencia en una ascendencia, cultura y lengua comunes, fundada en la comunidad de un pueblo original y que comparte la misma cultura y el mismo pasado, imponiéndose sobre los ciudadanos[16]. La nación sería un ente suprapersonal, acreedor de una devoción colectiva y constitutivo de una realidad orgánica y étnica (comunidad de origen: los que comparten la misma sangre), denominada Volk definida por una lengua y una genealogía comunes[17]. La nación es el pueblo, pero un pueblo metafísico, suprapersonal, fuente de vida y más real que los individuos mismos y el destino o ley del pueblo y su organicidad se asientan sobre la lengua soporte de la nacionalidad[18]. Esta nación como comunidad de cultura, especialmente de lengua, tiene legitimidad anterior al Estado siendo éste mero instrumento de aquella, por lo que es la teorización base para la doctrina de las naciones sin Estado. La nación sólo tiene existencia a través del Estado y una nación sin Estado deviene un pueblo sin historia, irremediablemente condenado a morir. Por su parte, los pueblos de Europa Oriental enfrentados a invasores, conquistadores, no pudieron ser organizados en unidades políticas independientes ni separadas por fronteras duraderas. Finalmente, cuando se produce la descomposición de los grandes Imperios en esta parte de Europa ya es tarde y las naciones internas, por el derecho a la autodeterminación, no estuvieron obligadas a aceptar la integración como lo hicieron en otro momento histórico Bretaña, Escocia, etc[19].

Vistas las dos grandes corrientes ideológicas del s. XVIII sobre la nación, hay que volver al nacimiento de la nación contemporánea vinculada a la aparición del Estado liberal. La sustitución de la fidelidad al Rey y a la Iglesia por la colectividad de ciudadanos que conforman la nación hace que en un primer momento surja el concepto cívico de nación

---

[15] MOLAS (1999, 150).

[16] SCHNAPPER (2001, 153-156), PÉREZ VEJO (1999, 173), MOLAS (1999, 150-151).

[17] RECALDE (1982, 212), PÉREZ VEJO (1999, 174).

[18] RECALDE (1982, 212-213).

[19] SCHNAPPER (2001, 154-155).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 149



como suma de los ciudadanos libres que viven en un mismo territorio y sometidos a las mismas leyes y al mismo poder político, es decir, al Estado, de donde surge esa simbiosis del Estado-nación.

Puede decirse también que esa unión entre el sujeto inmaterial que ejerce la soberanía (la nación) y el aparato político-administrativo sobre la que se ejerce (el Estado) se produce desde un primer momento, asumiendo el Estado, como se acaba de decir, la labor de consolidar la idea de la nación propia (nacionalismo estatal), pero, también, allí donde se aduce que existe una nación (nacionalismos periféricos), se produce su vinculación a la creación de un Estado propio. La nación surge del Estado o contra el Estado para crear otro, pero siempre unida a éste y al ejercicio de su soberanía. Sin embargo, ha de advertirse que, de todas formas, el Estado liberal para consolidarse necesita no sólo de la inicial nación cívica sino también de elementos históricos, culturales y lingüísticos de unión entre sus ciudadanos, por lo que desde el primer momento se mezclan los conceptos de nación cívica o política y nación cultural. El Estado liberal comienza una política dedicada a extender esos elementos o valores comunes a través de distintas instituciones como son la escuela, el Ejército, la bandera, el himno, las fiestas nacionales que hacen que para finales del siglo XIX, la nación en los grandes Estados europeos tenga elementos cívicos e histórico-culturales sin solución de continuidad[20]. Esta mezcla entre voluntad de vivir bajo un mismo Estado y asunción de un legado histórico queda claramente expresada en la famosa conferencia de Ernest RENAN de 1882, momento en que el Estado-nación francés adquiere ya rasgos definitivos con la III República, *Qu'est-ce qu'une nation?*: la nación «es un alma, un espíritu, una familia espiritual; resulta, en el pasado, de recuerdos, de sacrificios, de glorias, con frecuencia de duelos y de penas comunes; en el presente, del deseo de continuar viviendo juntos»[21]; «es la posesión en común de un rico legado de recuerdos; la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de seguir haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa»[22]; «el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida en común. La existencia de una nación es (perdonadme esta metáfora) un plebiscito de todos los días, como la existencia del individuo es una afirmación perpetua de vida»[23].

A partir de la consolidación del Estado liberal en Europa, la nación para el Derecho, y específicamente para el Derecho constitucional, es la entidad en la que, como representación del conjunto de los ciudadanos, se deposita la soberanía del Estado, bien que en un primer momento sólo

[20] HOBSBAWM (1992, 99 ss.). Como ha señalado A. D. SMITH (2004, 22), toda esta panoplia de símbolos «sirve para expresar, representar y reforzar la definición fronteriza de nación y para unir a sus miembros mediante una imaginería común y recuerdos, mitos y valores compartidos».

[21] RENAN (1983, 4-5).

[22] RENAN (1983, 37).

[23] RENAN (1983, 38).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 150



fueran ciudadanos capaces de expresar la voluntad de la nación los que poseyeran determinados bienes, ingresos o capacidades, bien que al establecerse el Estado democrático sea el pueblo, como conjunto ahora sí de todos los ciudadanos sin excepción, el que concrete en cada momento la representación de la nación.

## III. LOS PROBLEMAS DE LA NACIÓN EN LA HISTORIA CONTEMPORÁNEA ESPAÑOLA

Entrando ya en el tema que más nos afecta, que es el de la nación en el caso español y, especialmente, en la Constitución de 1978, creo que es conveniente primero realizar algunas reflexiones sobre la consolidación de la nación española en el Estado liberal (si es que tal consolidación se produjo, sobre lo que hay diversas posturas doctrinales). Nadie puede negar que España tiene un problema territorial pendiente desde los comienzos de su constitucionalismo en 1812 y que ese problema está más acentuado (Guerras carlistas, cantonalismo republicano de 1873, nacionalismos vasco y catalán desde el último cuarto del XIX) que en otros grandes Estado europeos como Francia o el Reino Unido, pero tampoco puede irse al otro extremo de negar que haya existido una nación española o sólo sea una nación debilitada sin entidad suficiente.

Si como se acaba de señalar, la nación contemporánea nace con el Estado liberal, la española también surgirá en ese concepto contemporáneo con la primera caída de la Monarquía absoluta y con la aparición del Estado liberal, es decir, en la Guerra de la independencia y con la Constitución de Cádiz. A partir de ese momento se suele aseverar la debilidad del Estado liberal español del s. XIX y también, por lo tanto, la debilidad de la nación española en ese siglo.

Para argumentar tal debilidad, se suele partir de la mayor descentralización de la Monarquía española frente a otras europeas de la Edad Moderna y de su consideración como Monarquía unión de reinos y no como un reino único[24], pero no hay que olvidar que la diversidad política y cultural existía también en otras Monarquías como la francesa y que nadie puede negar la existencia de «una estructura política en Europa que ha respondido, con leves variantes, al nombre de «España», cuyas fronteras se han mantenido básicamente estables a lo largo de los últimos quinientos años»[25]. Por otra parte, hay que tener en cuenta también la existencia en la Edad moderna española de instituciones comunes como la Inquisición «de probada capacidad para moldear hábitos y creencias colectivos, que no tenía paralelo con nada existente» en ninguna otra Monarquía o la existencia de un Reino grande, poblado y rico como Castilla. En

[24] Por ejemplo, RECALDE (1982, 374).

[25] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 20).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 151



cuanto a la lengua, la mayoritaria, la española, tenía una difusión, al menos, similar al inglés o al francés en esos Reinos[26].

De todas formas, como ya he dicho antes, fue la lucha contra los franceses a partir de 1808 la que hace que el patriotismo étnico anterior vinculado al Rey y a la religión católica pase a ser plenamente nacional, ya que hundido el entramado de poder político anterior hubo que reorganizarlo de forma improvisada a partir de juntas locales que se coordinaron en la Central y convocaron Cortes. Es en ese momento, «según se ha observado tantas otras veces, donde los términos heredados de *reino* y *monarquía* fueron sustituidos por *nación*, *patria* y *pueblo*»[27]. Las élites modernizadoras españolas aprovecharon la ocasión para un programa de cambios sociales y políticos y para defender la competencia de las Cortes lanzaron la idea revolucionaria de nación, titular de la soberanía en el momento en que faltaba el monarca, lo que supuso la palanca movilizadora más eficaz para evitar egoísmos y convencer a los particulares de la necesidad de sacrificios por el interés colectivo. Por ello, mientras los partidarios de conservar la Monarquía anterior se referían a la tradición, la religión o la fidelidad al monarca, los herederos de los reformistas ilustrados se basaron en el nuevo mito de la nación: «(n)o es un azar que la soberanía nacional se convirtiera en el caballo de batalla durante las primeras –y decisivas- sesiones del debate constitucional. Era preciso inventar un mito político creíble y de suficiente potencia como para rivalizar con el sacralizado monarca. Y, así como en la Inglaterra del XVII o la América del XVIII se había inventado el «pueblo», *the people*, voz de Dios y fuerza social invencible, en España, siguiendo a Francia, se inventó la nación. Era el artilugio que permitía liquidar la legitimidad regia y, con ella, todos los privilegios heredados»[28]. Se va produciendo, por tanto, en las Cortes una evolución desde la usurpación del Trono contra la voluntad de Fernando VII por los franceses a que, aunque la renuncia hubiera sido voluntaria, faltaba el consentimiento de las Cortes para tal abdicación, es decir, de la nación que, aunque falte el monarca, no pierde su autoridad soberana, es decir, que la nación se da a los reyes y estos han de servir a aquella[29]. Todo ello da lugar en la Constitución de Cádiz a los arts. 2 («la nación española es libre e independiente») y («la soberanía reside esencialmente en la nación y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales»).

Vemos, por lo tanto, el momento de aparición de la nación como concepto jurídico-político en España vinculado al surgimiento del Estado liberal, pero tampoco puede negarse que la tarea que quedaba en aquellos momentos era inmensa. El propio TORENO en las Cortes de Cádiz

---

[26] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 76-78).

[27] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 33).

[28] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 130).

[29] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 131).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 152



defendía que «en la Nación no hay más representación que la del Congreso nacional» y que había que afrontar ya el peligro de «una nación federada, en vez de construir una sola e indivisible nación», con su firme voluntad de «apartar al federalismo, puesto que no hemos tratado de formar sino una Nación sola y única»[30]. En otras palabras, en Cádiz se ponen los cimientos de la nación política o cívica, «la nación como cuerpo político de ciudadanos que configuran una colectividad en la que comparten y se reconocen mutuamente derechos»[31] pero al Estado liberal le quedaba la tarea de construir la nación como cuerpo histórico con base esencialista que hacen todos los Estados liberales europeos en el s. XIX con Francia a la cabeza. No hay que olvidar que a partir de 1800 se consolida la visión en Europa de la existencia de Estados-nacionales, que generalmente son grandes Estados con una importante diversidad cultural interna y de ahí surge un nacionalismo político que buscará o bien a partir del Estado consolidar una cultura nacional (imponiendo fronteras físicas que terminan generando una conciencia de diferenciación cultural) o bien la reclamación a partir de una pretendida homogeneidad étnico-cultural en un determinado territorio de la construcción de un Estado nacional correspondiente (aquí son élites intelectuales las que crean o inventan una serie de marcas culturales–lingüísticas o religiosas en un primer momento unidas a referencias históricas, la «invención de la tradición» de la que hablaba E. HOBSBAWM, para a partir de finales XIX unirse elementos seudocientíficos como rasgos biológicos y volver a las primeras referencias tras 1945-que actúan como fronteras)[32].

Podría afirmarse, por tanto, que «el Estado-nación español ha sido y es tan fuerte y está aparentemente tan legitimado como otros Estados de Europa, lo cual no contradice el proceso de la débil nacionalización española»[33], pero también que hasta el último cuarto del XIX «no hubo cuestionamiento alguno de la identidad nacional de los españoles (...). De hecho, España es uno de los tres únicos países de Europa que no han visto alteradas sus fronteras continentales desde el final de las guerras napoleónicas (...)»[34].

Sin embargo, volviendo a ese momento inicial de construcción de la nación española, ha de resaltarse que la mitificación de la propia guerra de la independencia produjo dos efectos nefastos por considerarse la independencia nacional como ya conseguida. Por un lado, no se hicieron esfuerzos serios por educar a las masas en un sentido nacional, persistiendo los mitos nacionales provenientes del Antiguo Régimen (catolicismo integrista, mitificación de la Monarquía, valores nobiliarios tradicionales)[35].

---

[30] Citado por RIQUER (1999, 28-29).

[31] PÉREZ GARZÓN (1999, 59).

[32] ALVAREZ JUNCO (2003, 188 ss.).

[33] AGIRREAZKUENAGA (1999, 123).

[34] MARTÍ Y ARGILÉS (1999, 173).

[35] ALVAREZ JUNCO (2003, 146-148).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 153



Por otro lado, la construcción nacional en todo el siglo XIX (historia, literatura, música) fue realizada por elites liberales que crearon una identidad nacional poco comprensible para gran parte de la población, para el mundo cultural popular, especialmente el campesino. El problema era que aparte de los medios intelectuales y de una pequeña área de influencia popular urbana, el único medio de penetración liberal fue el Ejercito, por lo que éste se convirtió en el medio natural de acceso al poder. Frente a esos medios liberales, las fuerzas conservadoras llamaron a la resistencia apoyándose en la capacidad movilizadora y retórica de las redes clericales (pronunciamientos militares, guerras carlistas y anticlericalismo). El Estado liberal español, por sus escasos recursos económicos y burocráticos, no cumplió satisfactoriamente ninguna de las tareas que han caracterizado a los Estados-nación modernos: no creó un servicio público potente que financiase infraestructuras, prestara servicios y redistribuyera la riqueza, no integró políticamente a su población, no homogeneizó culturalmente y, por tanto, no se legitimó como representante de la nación[36]. Como ha señalado, J. R. RECALDE, «(l)os rasgos del Estado que surge de la Restauración, aunque ya más homologados con los de un Estado burgués europeo, están lastrados por el fracaso nacional del siglo XIX y perdurarán hasta hoy, con democracia o con dictadura. Es ya un Estado que se bate a la defensiva, manteniendo en forma retórica un proyecto nacional unitario que no ha sabido consolidar, frente a nacionalismo parciales. El fracaso de la revolución burguesa en España no se produce sólo, por tanto, porque no se haya llegado a cumplir la última tarea de la misma -proceso de industrialización nacional autónoma-, sino porque en todas sus fases anteriores ha resultado viciada y, muy en especial, en la fase de constitución del Estado nacional»[37].

En cuanto a la educación, verdadero canal de «nacionalización», en España no hubo un Plan efectivo de educación pública hasta la Ley General de Instrucción Pública de 1857[38], pero que al carecer el Gobierno central de recursos, aunque es cierto que algunos sí que había pero se destinaban a otros menesteres[39], dejaba el sostenimiento de las escuelas a los municipios y el de los institutos a las Diputaciones, de forma que cuarenta años después no existían la mitad de las escuelas previstas (con un 60% de la población infantil sin escolarizar) y la mayoría de los escolarizados lo fueron en colegios católicos privados. Sólo en 1900, y como consecuencia de la indiferencia popular ante el desastre de Cuba lo que pareció demostrar el poco patriotismo nacional, se creó el Ministerio de Instrucción Pública y después la Junta de Ampliación de Estudios (con el

---

[36] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 544).

[37] RECALDE (1982, 381).

[38] Mantenida en sus presupuestos básicos hasta finales del franquismo y que no incluyó como asignatura la Historia de España: ÁLVAREZ JUNCO (2003, 546).

[39] El 60% de los presupuestos entre 1850 y 1890 se destinó al Ejercito y la gobernación; en 1898 el mantenimiento del culto y clero católicos era igual al de obras públicas y cinco veces superior al de la educación: ÁLVAREZ JUNCO (2003, 547).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 154



objetivo de formar elites intelectuales encargadas de acercarnos a la ciencia europea) y el Centro de Estudios Históricos, bajo la dirección de Ramón MENÉNDEZ PIDAL, para fijar la esencia histórica de la nación[40].

Algo parecido sucedió con el Ejercito en el que el servicio militar estaba lleno de exenciones y se permitían las sustituciones de reclutas, de forma que la parte adinerada de la sociedad masculina no iba al servicio militar, lo que hubiera surtido efectos nacionalizadores «al romper su aislamiento y hacerles convivir con otras personas a las que empezarían a ver como compatriotas de otras regiones; al practicar un idioma que considerarían común; y al someterles a un baño masivo e intenso de retórica sobre la necesidad de posponer el egoísmo individual ante el bien de la patria»[41].

Incluso costó la consolidación de los símbolos nacionales. La bandera actual recibió ya en 1785 con Carlos III el nombre de «bandera nacional» pero estaba destinada a la marina de guerra, que se extendió en 1793 a las plazas marítimas, pasó a ser a partir de la Guerra de la Independencia enseña liberal adoptada por la Milicia Nacional, por el Ejercito cristino en la primera guerra carlista, en 1843 por todo el Ejercito de tierra, para convertirse ya tarde en bandera nacional (1868), siendo rechazada por los carlistas, por la Academia de la Historia (desmintiendo su antigüedad y carácter nacional) y por la izquierda demócrata que empezaba a utilizar la tricolor, de forma que hasta 1908 no se dispuso que ondeara en todos los edificios públicos y hasta 1927 no se ordenó que lo hiciera en todos los buques mercantes, para en 1931 adoptarse la tricolor[42]. Conviene mencionar aquí que todavía en 2004 es usual en cualquier manifestación convocada por la izquierda parlamentaria o extraparlamentaria la absoluta ausencia de la enseña nacional proliferando por doquier la bandera republicana tricolor evidenciando un desapego emotivo por parte de un significativo sector de la sociedad española para con la bandera que desde 1978 simboliza el marco constitucional y de libertades del que goza España.

Por su parte, el himno (de Granaderos) existía desde el s. XVIII (también con Carlos III) y en el XIX se usó en presencia real pero sin rango oficial, mientras que en las épocas liberales se tocaba y en las Repúblicas se declaró oficial el Himno de Riego, siendo el primero sólo oficial en 1908 con dos curiosos datos, a nuestros efectos: 1) que en los meses finales del reinado de Alfonso XIII, el músico mayor del Real Cuerpo de Guardias Alabarderos, Bartolomé PÉREZ CASAS, hizo una adaptación y lo registró como creación propia en la SGAE, percibiendo él y sus herederos derechos como obra propia hasta hace pocos años; 2) que no ha tenido nunca letra oficial, renunciando a «uno de los más eficaces mecanismos de interiorización de la identidad patria, como es un canto colectivo que

[40] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 548 y 589).

[41] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 551-552).

[42] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 552-554).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 155



hace sentir a quienes participan en él integrados en una entidad trascendente, superior a sus vidas individuales»[43].

En cuanto a la fiesta nacional, también faltó. Empezó con el Dos de mayo, que lo decretaron las Cortes gaditanas en plena guerra napoleónica (1811), pero por eso mismo fue desechada por Fernando VII y luego se fue convirtiendo en un mero festejo madrileño, no siendo reemplazada por ninguna gran fiesta nacional aunque el 25 de julio (Santiago) adoptó un cierto carácter nacional a partir de los años 30 del XIX. Sólo en la segunda década del s. XX, un Gobierno de MAURA declaró fiesta nacional oficial al Doce de Octubre con una calculada ambigüedad pues era la fecha de la llegada de Colón a América (Día del Descubrimiento) de connotaciones laicas y de tipo expansivo imperial, pero también es el Día de la Virgen del Pilar[44].

Para finalizar con este breve repaso a la evolución de la nación en la España contemporánea no está de más recordar que el régimen franquista se apropió del concepto nacional otorgándole de nuevo los valores que más ranciamente provenían del Antiguo Régimen, como eran el catolicismo integrista y los rasgos étnicos más trasnochados como las referencias a la raza, al imperio americano, al machismo, a la furia «española» en el deporte, por ejemplo, produciendo, por reacción, un sentimiento antinacional en importantes sectores y dando argumentos al nacionalismo periférico que representa el envés del rancio nacionalismo español. De ahí también las dificultades para recuperar la visión liberal-progresista de la nación cívica española tras la Constitución de 1978.

## IV. NACIÓN Y NACIONALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Todo lo anterior conduce a que «nación» sea una de esas palabras que, como ha dicho A. PÉREZ CALVO con acierto, llegan a la Constitución «con una compleja historia polisémica detrás»[45], que es producto de un momento histórico concreto y que no tiene por qué coincidir con acepciones en determinadas áreas del conocimiento (especialmente la Historia, la Sociología o la Ciencia Política). Los constituyentes utilizaron un sin fin de términos (nación, nacionalidad, pueblo) para llegar a un consenso que permitiera precisamente evitar el que sectores políticos quedaran fuera del mismo.

El término nación es mencionado en dos lugares de la Constitución (Preámbulo y art. 2) y en el art. 1.2 CE se utiliza el término «soberanía nacional» de íntima relación con aquel. En el Preámbulo: «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

---

[43] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 554-555).

[44] ÁLVAREZ JUNCO (2003, 556-557).

[45] PÉREZ CALVO (2000, 46).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 156



Garantizar la convivencia democrática...». En el art. 1.2: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.». En el art. 2: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.»

¿Qué sentido tiene esta Nación de la que habla la Constitución? Pues bien, creo que cumple tres funciones fundamentales: es expresión de la continuidad histórica de un sujeto político español, es depositaria de la soberanía que ejerce el concreto pueblo español consagrado constitucionalmente, es la única existente frente a otras entidades que se mencionan en la Constitución y que no son naciones (nacionalidades, regiones, Comunidades Autónomas).

La Nación de la que habla la Constitución es, además del engarce histórico con las Constituciones más avanzadas del XIX y con la tradición constitucional francesa, algo preexistente a la Constitución[46] y que simboliza la concreción actual del sujeto político depositario histórico de la soberanía desde la Constitución de Cádiz. En otras palabras, la Constitución representa «la continuidad a lo largo de la historia de un sujeto político español soberano mientras que el pueblo es quien actualmente y en cada momento histórico posterior, ejerce y seguirá ejerciendo esa soberanía»[47]. La nación para el constituyente de 1978 era una «comunidad intrínsecamente diferenciada, capaz de generar una relación de lealtad afectiva superior y excluyente»[48]. La nación española preexiste a la Constitución, pero encuentra en el tipo de Estado que ésta define su organización jurídico-política[49]. En este sentido, el Preámbulo habla de los «deseos» de la nación española, pero quien decide sobre esos deseos es el pueblo español, como evidencia el art. 1.2 CE cuando dice que «la soberanía nacional reside en el pueblo español»[50], absorbiendo el poder que corresponde a la nación. Esa referencia a la soberanía nacional, supone la existencia de ciertos rasgos de identificación, en suma, una afinidad cultural generada por la historia y determinándola de un propósito de afrontar solidariamente un mismo destino político[51]. Como señala J. Prieto es una fórmula atípica para enlazar la nación que aporta la indivisibilidad de la soberanía y el pueblo que aporta el elemento técnico-jurídico democrático[52].

Como aspectos constitucionales de esta nación, además de la igualdad de todos los españoles, del disfrute de los derechos constitucionales por

[46] Pérez Calvo (2000, 60-61).

[47] Pérez Calvo (2000, 51-52); en sentido similar, Solozábal (2004, 42), Trujillo (2000, 179).

[48] Solozábal (1980, 267).

[49] Trujillo (2000, 182).

[50] Pérez Calvo (2000, 52).

[51] Solozábal (1980, 264 y 2004, 42-43).

[52] Citado por Pérez Calvo (2000, 56).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 157



los ciudadanos y de la igualdad, que conformarían lo que antes se ha denominado nación cívica y política, también se consagran los elementos básicos de la nación cultural, como puede ser la existencia del castellano como lengua común (art. 3.1 CE) y de un Patrimonio nacional (art. 132.2 CE), al margen de las menciones a los pueblos de España a las que luego se volverá. En todo caso, cualquier discusión sobre el tema ha de partir de la realidad en la que nos movemos y que es la afirmación del Estado democrático, y en nuestro caso, del Estado democrático español, ya que, como J. R. RECALDE ha dicho, «el Estado es el dato previo que la realidad histórica nos depara; pero también porque el Estado constitucional es el campo de legitimidad democrática que hemos alcanzado en el momento en que, saliendo de la dictadura, sentábamos las bases de nuestra convivencia, renovando el *pactum* democrático entre los ciudadanos españoles, y resolviendo, por medio de un *phoedus*, el conflicto de convivencia entre los pueblos de España»[53].

Si antes he mencionado la soberanía para decir que la nación simbolizaría al sujeto político depositario histórico de la soberanía, es importante explicar el papel que juega la proclamación del art. 1.2 CE de que «(l)a soberanía nacional reside en el pueblo español», ya que el primer interrogante que surge es que si la soberanía es nacional no puede ser a la vez popular. Sin embargo, esta presunta contradicción puede resolverse fácilmente como ha reiterado la doctrina si se parte del dato de que la nación queda concretada en la Constitución en el pueblo español como sujeto conjunto que engloba a los ciudadanos españoles actuales. La soberanía ha ido vinculada históricamente a diversos adjetivos (tradicional, divina, nacional, popular) dependiendo del tipo de legitimación del poder político estatal y la Constitución de 1978 parece referirse a dos de estos modelos contrapuestos (nacional, popular) basados en un tipo de sufragio diferente, pero hay que decir que esa distinción era caduca ya en la Constitución de 1869 que proclamaba tanto la soberanía nacional como el sufragio universal y que con posterioridad ha sido utilizado el término soberanía nacional en Constituciones que depositan la soberanía efectiva en el pueblo como la actual francesa[54]. A pesar de todo, tal vez lo lógico hubiera sido proclamar la soberanía popular en ese art. 1.2 y mantener la referencia a la Nación en el art. 2 CE. Sin embargo, las impugnaciones a la propia existencia de la nación española, sobre la que luego se volverá, obligaron a los constituyentes a resaltar la existencia y unidad de dicha nación española[55]. Fue un expediente para remarcar la unidad y su compatibilidad con la autonomía pero rechazando cualquier veleidad confederal o incluso federal si cuestionan la soberanía[56].

---

[53] RECALDE (1999, 195).

[54] PRIETO (1993, 133-134).

[55] TRUJILLO (2000, 185), SOLOZÁBAL (1980, 264).

[56] PRIETO (1993, 136-137).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 158



Por lo tanto, la nación española que actúa hoy en día a través del pueblo español detenta la única soberanía en España como capacidad originaria e incondicionada de dotarse de un orden constitucional propio y disponer del mismo, lo que se concreta en el acto constituyente que individualiza al grupo nacional y refuerza su identidad[57]. Como acertadamente ha señalado J. PRIETO, «(l)a soberanía no es susceptible de reparto en la Constitución española, pues este atributo únicamente dimana -dentro de la pluralidad-nacionalitaria regulada por ese documento jurídico- del pueblo, de la formación «nacional» originariamente superior e indivisible; por ello, en efecto, la Constitución «*se fundamenta*» en esta cualidad de la nación española, mientras que, por el contrario, sólo «reconoce» a las demás formaciones nacionalitarias y regionales (art. 2º CE)»[58] o, en palabras de J. J. SOLOZÁBAL, la radicación exclusiva de la soberanía nacional en el pueblo español «supone la imposibilidad de que el ejercicio del poder constituyente pueda ser atribuido a una fracción del mismo, quedando excluida por tanto de su parte cualquier pretensión de autodeterminación»[59]. La nación va unida jurídicamente a la soberanía, es decir, a un poder jurídico-político ilimitado, omnímodo, absoluto e incondicionado. Dentro de los límite territoriales en los que existe una nación sólo es posible concebir una soberanía, sólo puede haber un núcleo de imputación.

Aclarada la relación entre nación y pueblo en la Constitución nos encontramos con otro concepto que puede suscitar también alguna perplejidad y es el de «pueblos» de España mencionado en el Preámbulo y en el art. 46. Ante ello, hay que decir que la expresión «pueblos» en la Constitución tiene una connotación claramente cultural, como sinónimo de nación cultural, ya que tanto en el Preámbulo como en el art. 46 CE va vinculada su cita a elementos culturales: «sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» (Preámbulo), «patrimonio histórico, cultural y artístico» (art. 46 CE). Finalmente, y en este ámbito, es importante también recordar que la mención en los Estatutos de Autonomía a pueblos diferentes del español (pueblo vasco, etc.) hay que entenderla circunscrita a sus respectivos territorios para los efectos jurídicos previstos en los Estatutos[60].

La Constitución proclama la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE), lo que significa, al menos, dos cosas: la inexistencia de naciones que no sean la española y, por ello, la inconstitucionalidad de la fórmula nación de naciones para referirse a España, siempre hablando desde el punto de vista jurídico-constitucional y no del de otras ciencias. La Constitución habla de la indisoluble unidad de la nación por dos razones básicamente. En primer lugar, para reafirmar a la nación española frente a los nacionalismos periféricos que pretendían anular la existencia de esa

[57] SOLOZÁBAL (2004, 44-46).

[58] PRIETO (1993, 138).

[59] SOLOZÁBAL (1980, 265).

[60] PRIETO (1993, 119-120), LUCAS VERDÚ (1996, 134).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:38 Página 159



nación diluyéndola en la existencia formal de un Estado español que incluiría territorios sin un sustrato común que pudiera calificarse de nacional[61], es decir, la sustitución de la nación española por la suma de diversos sujetos políticos equiparados (dando a los «pueblos» de España (mencionados en el Preámbulo) un significado diverso del cultural antes visto) que eventualmente pudieran independizarse. El art. 2 CE es, por tanto, un intento de visualizar conceptualmente la existencia de una comunidad política, pero también histórica y cultural, que es España y que se simboliza en la utilización de ese término de nación. No es ningún descubrimiento que tras la rancia nacionalización franquista «forzada, brutal, y basada en la anulación y el aplastamiento de medio país», los nacionalistas «se vieron ungidos con el óleo santo de la democracia y la modernidad, tan alejados de sus orígenes carlistas y de los métodos brutales que seguía empleando el vasquismo radical. De ahí la doble y ambigua legitimación nacional de la Constitución de 1978, con ese artículo segundo, producto de la transacción –el «consenso»–, que deja el sujeto de la soberanía indefinido entre esa «nación española» de unidad «indisoluble» y esas «nacionalidades» cuya existencia consagra. Las espadas quedaron en alto. Los dos nacionalismos pervivieron»[62].

En segundo lugar, para evitar todo equívoco ante la inclusión en la Constitución del término «nacionalidades» en el mismo artículo 2. La «indisoluble unidad» significa que existe una única nación en España o sea un único sujeto colectivo, depositario histórico de la soberanía. Sin embargo esa nación no es algo cerrado, unívoco sino plural que puede albergar en su seno entidades políticamente autónomas pero que no pueden ser naciones pues éstas son sujetos políticos soberanos. Jurídicamente no puede haber más que una nación. La nación ahora es «una unidad compleja que alberga otras formaciones sociales territoriales –las nacionalidades y las regiones–»[63]. Políticamente se puede defender la existencia de naciones en el seno de un Estado pero que sólo alcanzan su plasmación jurídica con la ruptura del Estado nacional existente y la formación de uno nuevo.

La expresión «nacionalidad» del art. 2 CE puede chocar ya que hace referencia a dos acepciones diversas: a la condición de los miembros de una nación (acogida en el DRAE y en el art. 11 CE) o, a partir del principio de las nacionalidades, a la de una nación sin Estado pero que lucha por obtenerlo[64]. En este segundo sentido, ya fue utilizado como equivalente a

---

[61] «España no es una nación, sino un Estado formado por un conjunto de naciones»: H. BARRERA; «Lo que hay que eliminar es el concepto «nación española», que como dejé dicho, aún no existe»: XIRINACS; «La Constitución se fundamenta en la plurinacionalidad del Estado español»: LETAMENDÍA; todos ellos citados por J. CORCUERA (1992-1993, 15).

[62] ALVAREZ JUNCO (2003, 606-607).

[63] TRUJILLO (2000, 183).

[64] Para SÁNCHEZ AGESTA (1996, 190), sin embargo, «la verdad es que la palabra nacionalidad no tenía más uso en castellano que para indicar la condición del que pertenece a una nación determinada, condición que se definía con un valor jurídico relativamente estricto».

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 160



pueblo o nación, especialmente desde Cataluña, no sólo por PRAT DE LA RIBA en su «La nationalitat catalana» de 1906 sino también por J. B. GUARDIOLA en 1855 o por J. N. ROCA I FARRERAS en 1877[65] , por J. MAÑÉ FLAQUER en «El regionalismo» de 1855[66] o en 1876 por PI MARGALL en su «Las nacionalidades» con la idea de una nación (España) que es a su vez un conjunto de nacionalidades, como naciones de segundo grado[67]. También SABINO ARANA utilizaba indistintamente pueblo, nación o nacionalidad y el senador Pedro DE EGAÑA la utilizó en 1864 como sinónimo de autonomía u organización especial para referirse a la situación de las provincias vascas[68].

En esta segunda vertiente, que es la aquí nos interesa, la nacionalidad es una voz utilizada ya desde el XVIII y que no adquiere un claro significado diferenciado del de nación hasta el s. XIX, cuando pasa a designar a aquellas comunidades humanas a las que se considera como naciones que no han conseguido la estatalidad[69]. En los inicios del siglo XX se afirma en Europa, de forma crecientemente firme, lo que se conoce como el *principio de las nacionalidades*, que significa, pura y simplemente, elevar a categoría universal la necesaria correspondencia entre nación y Estado, de forma que toda nación debe constituirse en Estado y cada Estado debe corresponderse con una nación[70]. Este *principio de las nacionalidades*, que llega a su apogeo con ocasión de la desintegración del Imperio Austro-Húngaro al final de la Primera Guerra Mundial, provocó el efecto de hacer emerger la existencia, en el seno de los nuevos Estados nacionales de minorías pertenecientes a otra nación, es decir, el problema de las *minorías nacionales*[71]. Al margen de las diversas razones que llevaron al fracaso del sistema, hay que destacar que en Europa quedó la convicción de que «el sistema fue uno de los detonantes más importantes de la crisis europea de entreguerras, que desemboca en el estallido de la II Guerra Mundial, hábilmente convertido por Alemania, entre otros, en un eficaz instrumento de agudización de los conflictos que desestabilizaron Europa»[72].

Como con agudeza ha señalado A. LÓPEZ BASAGUREN, «(l)a forma en que concluye la II Guerra Mundial y el nuevo *orden* que se instaura en la Conferencia de Yalta, con la separación de Europa en dos bloques, hace que el problema se eluda de forma generalizada. Solo como excepción –Alto Adige o Territorio Libre de Trieste– y, en todo caso, de forma profundamente transformada, desconectado de las connotaciones del principio de las nacionalidades, se plantea algún tipo de protección internacional de minorías. Pero la cuestión deja de existir como *cuestión interna-*

[65] SOLOZÁBAL (1980, 270-271).

[66] COLOMER (1986, 15).

[67] COLOMER (1986, 14).

[68] SOLOZÁBAL (1980, 271).

[69] PRIETO (1993, 116).

[70] LÓPEZ BASAGUREN (2004a, 82); CRISAFULLI y NOCILLA (1977, 794).

[71] LÓPEZ BASAGUREN (2003, 81 y 2004b, 70), HOBSBAWM (1992, 141 ss.).

[72] LÓPEZ BASAGUREN (2003, 81 y 2004b, 71).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 161



*cional,* articulándose el nuevo orden internacional en torno a los derechos individuales de la persona, representados tanto por la Carta de San Francisco, de 1945, por la que se crea la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, en los que no se incorpora ninguna referencia a la protección de las minorías. Referencia que aparecerá, finalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –1966–, en el artículo 27, pero sobre unos presupuestos radicalmente transformados y en los parámetros de la protección universal de los derechos humanos»[73].

Constitucionalmente, en el s. XX comienza a utilizarse sin vincularse con la creación de un Estado en las Constituciones socialistas europeas (de las antiguas URSS y Yugoeslavia)[74]. Por lo tanto, en 1977 aunque la definición usual de nacionalidad era la de «nación que no ha trascendido a una organización política propia»[75], bien porque se encuentra dentro de un Estado más grande, bien porque abarca a diversos Estados[76], también había precedentes para entenderla como una comunidad que reúne los elementos objetivos y subjetivos de la nación pero que «su voluntad política no la arrastra ciega y necesariamente a la realización como Estado propio, pues este objetivo puede quedar descartado, o al menos postergado, en la medida en que la organización político-estatal de base plurinacional en la que democráticamente se integra llegue a garantizarle la preservación y el desenvolvimiento de su identidad "nacionalitaria"»[77].

Como antes ya se ha dicho, en las Cortes constituyentes los nacionalismos periféricos intentaron obviar la existencia de la nación española y consolidar como naciones a las comunidades de las que proceden manteniendo un mero Estado español sin contenido nacional. Esta actitud se veía avalada por la represión durante los 40 años de franquismo de toda manifestación simbólica de otra sensibilidad colectiva diferente de la del más rancio españolismo. Como con acierto ha dicho J. CORCUERA, «(e)l estallido, al final de la dictadura, de infinitas frustraciones colectiva e individuales y la aspiración a conseguir todas las utopías es el telón de fondo en que se manifiestan buena parte de las insuficiencias y limitaciones que habían acompañado al proceso de construcción de la nación española»[78].

Todo ello produjo un proceso negociador en el que se intentó mantener la unidad de la nación española y el reconocimiento de entes jurídico-políticos que encauzaran las ansias de autogobierno de ciertas partes del territorio español. Esa negociación, exitosa con el nacionalismo moderado catalán, aunque no con el vasco, se plasma en la fórmula del art. 2 CE

---

[73] LÓPEZ BASAGUREN (2003, 81-82 y 2004b, 73-74).

[74] SOLOZÁBAL (1980, 269), PRIETO (1993, 117).

[75] A. DE BLAS (1984, 35).

[76] CRISAFULLI y NOCILLA (1977, 790).

[77] PRIETO (1993, 117-118).

[78] CORCUERA (1992-1993, 14-15).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 162



que reconoce la existencia junto a la Nación española de regiones pero también de «nacionalidades», es decir, un término que sin ser el de nación, imposible de utilizar por su vinculación a la soberanía detentada por la española, sí recogiera los ecos de lo que fue el principio de las nacionalidades, especialmente esa vertiente antes comentada de colectividades que pretenden un alto grado de autonomía sin que necesariamente eso se plasme en un Estado propio y, por otro lado, permitía, al menos simbólicamente, diferenciar entre unas Comunidades y otras.

En un principio, el término encontró sus lógicas reticencias básicamente de un triple orden: sería un elemento distorsionante en la relación entre las Comunidades Autónomas que lo fueran y las que no; no existía una definición clara ni precedentes en el pasado constitucional; reavivaría turbulentas resonancias históricas que lo convertirían en cauce para la secesión[79]. Este último argumento era el de mayor peso ya que es verdad que el término tenía un eco evidente al principio de las nacionalidades y no podía sino hacer surgir en AP y en UCD el temor por una hipotética evolución autodeterminista al poder entenderse como naciones que aún no han logrado consumar la unidad política convirtiéndose en Estado propio[80]. La aceptación por el centro-derecha sólo pudo provenir de un entendimiento conjunto con los partidos de izquierda y con el nacionalismo catalán de que las nacionalidades habían de referirse a comunidades con una identidad propia consolidada que aspiraban al reconocimiento constitucional de sus singularidades constitutivas mediante la proclamación y la garantía de su derecho a organizarse en régimen de autonomía. Eso se consiguió expresarlo en el texto constitucional mediante su unión en el mismo artículo que menciona la indisoluble unidad de la nación española, lo que hace que el término coja un significado propio al negar el derecho de autodeterminación y de secesión a dichas nacionalidades[81]. Para los constituyentes, como expresó R. ARIAS SALGADO, son «comunidades de acusada personalidad cultural o histórica que aspiran al reconocimiento constitucional de sus singularidades constitutivas mediante la proclamación y la garantía de su derecho a organizarse en régimen de autonomía»[82]. La conjunción soberanía nacional en el pueblo español y aceptación de la autonomía política de las nacionalidades, cierra a éstas su conversión jurídica en nación, es decir, al ejercicio de la soberanía y de un pretendido derecho de autodeterminación lo que claramente es una readaptación del principio de las nacionalidades, ya que desde Stuart MILL la nacionalidad tiene una voluntad de estatalidad[83].

Llegados aquí, el siguiente problema a analizar es si existe diferencia entre nacionalidad y región y en caso positivo en qué consistiría. En princi-

[79] X. BASTIDA (1998, 30-31).

[80] X. BASTIDA (1998, 73).

[81] SÁNCHEZ AGESTA (1996, 191).

[82] Citado por SÁNCHEZ AGESTA (1996, 193).

[83] SOLOZÁBAL (1980, 273-274), PÉREZ CALVO (2000, 67); LUCAS VERDÚ (1996, 130).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 163



pio, políticamente tuvo la importancia vista de contentar a la izquierda y al nacionalismo catalán asumiendo un papel legitimador de la Constitución, habiendo un cierto consenso implícito de que el término iría asociado a los territorios que más lejos habían llegado en materia autonómica en el periodo republicano, lo que se conectaría con la mención existente en la Disposición Transitoria (DT) 2ª CE («territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos del estatuto de autonomía»). En palabras de J. CORCUERA, «(r)econocido explícitamente o no, existe un cierto consenso en entender que las nacionalidades de que se habla son Cataluña, Euskadi y Galicia, aunque, con relativa frecuencia, se sostenga que se trata de un concepto abierto, cuya concreción, en definitiva, se deja al proceso estatutario»[84]. Así, en un «Diccionario de términos autonómicos» publicado por el Ministerio de Administraciones Públicas en 1993 se llegó a decir que nacionalidades eran «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía. Se denominan también Nacionalidades históricas o Comunidades Autónomas históricas. Son Cataluña, el País Vasco y Galicia»[85]. El problema es que el art. 2 CE no señala ningún criterio para definir a la nacionalidad ni para diferenciarla de la región, ni lo asocia a la DT 2ª[86], y una cosa es la intencionalidad política y otra muy diferente la significación jurídica de un término. J. PRIETO señaló en su día que podían adivinarse algunas pistas para encontrar la diferencia entre nacionalidad y región en el factor cultural (la lengua), una personalidad histórico-cultural acusada, un procedimiento que muestre mayor conciencia autonómica al exigir doble referéndum o, al menos, uno histórico (art. 151 y DT 2ª), una naturaleza paccionada de los Estatutos aprobados por la vía del art. 151, o un mayor nivel competencial inicial[87]. El problema es que esta construcción, con algunos problemas como el de Navarra, pudo tener sentido en sus inicios en que se autodenominaron como nacionalidad Euskadi, Galicia y Cataluña, pero, como el propio J. PRIETO[88] reconoce, también lo han ido haciendo otras Comunidades Autónomas.

Tampoco parece servir mucho la utilización del «hecho diferencial»[89] como criterio para definir a una nacionalidad como histórica. Hay que tener en cuenta que diferencias entre las Comunidades Autónomas siempre las va

---

[84] CORCUERA (1992-1993, 18), en sentido similar FOSSAS (1999, 292). J. CORCUERA aporta la cita de M. ROCA en la Constituyente: «En la Constitución, al hablarse de las nacionalidades y regiones que integran España, no se hace alusión en absoluto a cuáles van a ser aquellas nacionalidades que se sienten con conciencia de tal y van a identificarse con esta expresión, ni aquéllas otras que quedarán satisfechas con la expresión «región», sino que se establece para unos y para otros un mismo tratamiento en el título correspondiente».

[85] Citado por J. CORCUERA (1992-1993, 19-20).

[86] PÉREZ CALVO (2000, 68-69).

[87] PRIETO (1993, 156 ss.).

[88] PRIETO (1993, 169).

[89] En acertada definición de J. F. LÓPEZ AGUILAR (1997, 35): «Son aquellos de los que pueda predicarse directa o indirectamente una consignación constitucional razonable, de la que quepa colegir un mandato de tutela, una «apuesta» o expresión de la voluntad constitucional de proteger ese hecho».

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 164



a haber ya que la Constitución así lo ha querido. Lo que no tiene fundamento constitucional es el hecho diferencial si con ello se pretende diferenciar *per se* a determinadas Comunidades Autónomas que siempre tendrían mayor nivel de autogobierno[90], aunque se les denomine nacionalidades históricas. El hecho diferencial, que algunos han denominado constitucionalmente relevante (LÓPEZ AGUILAR), está limitado constitucionalmente a algunas situaciones recogidas en la Constitución y que sólo pueden darse en algunas Comunidades Autónomas (lengua: art. 3, pero con consecuencias en el ejercicio de competencias culturales: arts. 148.1.14, 148.1.15, 148.1.16 y 148.1.17 CE; derecho civil foral: arts. 149.1.6 y 149.1.8 CE; régimen fiscal diferenciado: DA 1ª, País Vasco y Navarra, y DA 3ª, Canarias), pero no puede utilizarse en una dimensión jurídica externa prescriptiva[91], salvo en el caso del régimen foral vasco y navarro y difícilmente para el futuro. Su utilización en los últimos años se ha realizado al servicio del bilateralismo y de una posición política privilegiada de determinadas Comunidades en detrimento de las demás[92], lo que debe rechazarse.

De lo anterior y de la práctica seguida se deduce que la única utilidad constitucional del término «nacionalidad» es que permite que cada Estatuto adopte la denominación que prefiera[93]. A partir de las que recoge la Constitución, cada Comunidad Autónoma ha ido eligiendo la calificación que entiende le define mejor, o no ha recogido ninguna de ellas quedándose con la de Comunidad Autónoma (Madrid, Baleares, Rioja, Castilla y León). Así hablan de región a secas sólo Murcia y Castilla-La Mancha, Extremadura utiliza la expresión de «identidad regional histórica», Cantabria y Asturias se proclaman Comunidad histórica, sin denominarse directamente como nacionalidad algunas utilizan la expresión «en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad» (Andalucía, Canarias, Valencia) o «en expresión de su unidad e identidad históricas como nacionalidad» (Aragón), Navarra por su peculiar acceso a la autonomía consagra el término de Comunidad foral[94], finalmente emplean directamente la palabra nacionalidad Cataluña, País Vasco y Galicia, siendo esta última, y adelantándose a debates que han surgido con posterioridad, la única formalmente nacionalidad histórica[95].

En definitiva, que no existe efecto jurídico alguno si una Comunidad se califica de nacionalidad o región[96]. Por ello, como ha puesto de relieve J.

---

[90] BALAGUER en un magnífico análisis del concepto y de sus teorías explicativas (2000, 86-87). En el mismo sentido, CORCUERA (2000, 109).

[91] BALAGUER (2000, 91).

[92] BALAGUER (2000, 91), TAJADURA (2000, 150).

[93] PÉREZ CALVO (2000, 69), SÁNCHEZ AGESTA (1996, 194).

[94] El 5 de noviembre de 2004, el Parlamento foral navarro aprobó, con los votos de UPN, PSN, CDN e IU, una moción para que Navarra sea definida en la Constitución como Comunidad «histórica, propia y diferenciada»: *El País* (Suplemento País Vasco), 6 de noviembre de 2004, p. 5.

[95] Los socialistas valencianos y *Esquerra Unida-L'Entesa* proponen la reforma del Estatuto valenciano para consagrar la condición de nacionalidad histórica: *El País*, 26 de octubre de 2004, p. 26.

[96] Siendo esto pacífico en la doctrina: por todos, PÉREZ CALVO (2000, 72).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 165



J. SOLOZÁBAL, hay que admitir que «(l)a Constitución no detalla los elementos que pueden servir de base a una comunidad autónoma para ser declarada nacionalidad o región; puesto que por sí sola la calificación de nacionalidad no genera ni definitiva ni provisionalmente status jurídico especial, ella queda remitida, con buen criterio, a la propia consideración de la comunidad autónoma»[97]. Otra cosa es que lo decisivo no es tanto el nombre como que la conjunción de presión nacionalista y la acumulación de determinados hechos diferenciales han conducido a que el nivel competencial sea diferente de por sí entre las autocatalogadas de nacionalidad (o Comunidad Foral) y las demás: Concierto económico vasco, Convenio económico navarro, régimen foral de los territorios vascos, lengua propia, Derecho civil foral. Dicho esto, ha de señalarse, como con acierto hizo hace ya más de diez años J. CORCUERA, que «no existen razones que permitan justificar una permanente recreación del *principio de diversidad en la diversidad*. En el juego de «equilibrio entre homogeneidad y diversidad del *status* jurídico público de las entidades territoriales» (STC de 5 de agosto de 1983) que integran el Estado, característico de nuestro sistema autonómico, la diversidad también debería estar justificada en argumentos de racionalidad o razonabilidad»[98]. Con independencia de las peculiaridades vinculadas al hecho diferencial o de la aleatoria capacidad de presión, la creación de nuevas diferencias tiene difícil justificación, situándose más en una diferente interpretación de las competencias poseídas o en la ampliación de las ya existentes[99].

Por ello, carece de sentido alguno para el autor de estas líneas la propuesta que la Constitución cite expresamente cuáles son las nacionalidades históricas, las meras nacionalidades o las regiones, como ha llegado a sugerir el Presidente de la Generalitat de Cataluña Pascual Maragall[100]. No hay criterio objetivo alguno para hacer tal distinción. Si se entiende que lo serían las que plebiscitaron en la II República un proyecto de Estatuto de Autonomía, hay que resaltar que como argumento histórico parece endeble y, además, incluiría a una nacionalidad que no tuvo autonomía en situación ordinaria (País Vasco) y a otra que no la tuvo de ningún tipo (Galicia)[101]. A veces se suele añadir a Andalucía por haber utilizado el art. 151 CE, lo cual no es muy congruente como argumento «histórico», ya que la historia no supone un muro de contención frente al desarrollo en positivo de la autonomía ni la vía de acceso dota de elementos competenciales propios[102]. Si se opta por la cualificación a partir de la Disposición adicional 1ª de la Constitución, difícilmente puede irse más allá de Euska-

---

[97] SOLOZÁBAL (1980, 273).

[98] J. CORCUERA (1992-1993, 23-24), cursivas en el original.

[99] J. CORCUERA (1992-1993, 24).

[100] El Presidente catalán entiende que hay tres nacionalidades históricas (Cataluña, País Vasco y Galicia) y deben figurar con tal denominación en la Constitución: *El País*, 7 de noviembre de 2004, p. 18.

[101] LÓPEZ AGUILAR (1997, 44).

[102] LÓPEZ AGUILAR (1997, 71).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 166



di y Navarra, a pesar de que misteriosamente hay quien la extiende a Cataluña[103]. Finalmente, tomando literalmente el argumento histórico, parece difícil defender que unas Comunidades Autónomas son históricas y otras, incomprensiblemente, no históricas o menos históricas[104], ya que Asturias podría remontarse a la Reconquista, Navarra a su Reino medieval, Aragón a su Corona histórica, Andalucía a su pasado musulmán, Castilla a su existencia como Reino desde tiempo inmemorial, etc.

Si la consagración constitucional no otorga un nivel competencial mayor de poco valdría la misma[105] y si se pretendiera que lo hiciera provocaría la negativa radical de las Comunidades Autónomas no laureadas con tal denominación. «Nuestro sistema autonómico, que reconoce la autonomía de nacionalidades y regiones, permite y garantiza el respeto a los «hechos diferenciales», pero de esto no se deduce la posibilidad de establecer discriminaciones no justificadas en el respeto al «hecho diferencial» estatutariamente definido»[106]. Lo decisivo es que su inclusión en la Constitución posibilitó «la integración de aquellas comunidades que no se sentían cómodas con el modo de realizarse hasta el presente su inserción en el estado español»[107], aunque también ha de decirse que son más bien porcentajes amplios, aunque en 1978 no mayoritarios, de la población los que no se sienten cómodos más que las comunidades en sí. El resultado es que la nacionalidad queda como «aquella comunidad con conciencia de su especificada histórica-cultural y dotada de una *cierta* vocación política»[108], si así quiere reflejarse en su propio Estatuto.

La otra propuesta que en los últimos tiempos se ha planteado es la denominación de nación de naciones para referirse a España. Esta desafortunada expresión, aunque fue repetidamente utilizada en la Constituyente por la izquierda (PECES-BARBA, SOLÉ TURA, MARTÍN TOVAL), los nacionalistas catalanes (M. ROCA) y por HERRERO DE MIÑÓN[109], y ha sido aceptada recientemente también por el actual Presidente del Consejo de Estado, F. RUBIO LLORENTE[110], quedó desechada en aras del consenso y para conseguir la aceptación de la de-

---

[103] HERRERO DE MIÑÓN (2003, 452): «En efecto, interpretando sistemáticamente los arts. 3 (lengua propias, a us vez concretado en los Estatutos de Autonomía), 149, 1, 8ª (derechos privados propios), Transitoria Segunda (hecho histórico de haber plebiscitado Estatutos de Autonomía con anterioridad a la Constitución) y Adicional Primera (titularidad de derechos históricos), resulta que solo tres Comunidades País Vasco, Cataluña y Galicia reúnen estas condiciones y, por ello, el Consejo de Estado en reiterados dictámenes, ha reconocido que sólo a ellas se aplica la Adicional Primera».

[104] LÓPEZ AGUILAR (1997, 44).

[105] Véase en sentido contrario, J. PÉREZ ROYO (2004).

[106] J. CORCUERA (1992-1993, 31).

[107] SOLOZÁBAL (1980, 271).

[108] SOLOZÁBAL (1980, 272).

[109] X. BASTIDA (1998, 73).

[110] «Yo siempre he sido partidario de la idea de España nación de naciones; España es una unidad nacional de la que forman parte diferenciada e inseparable el País Vasco, Cataluña y Galicia»: El País, 23 de noviembre de 2004, p. 25. Ya antes, F. RUBIO LLORENTE (2003, 144) llegó a decir que «las nacionalidades se han transformado con naturalidad en naciones, y la nación española, sobre cuya unidad se asienta la Constitución en nación de naciones. Una expresión aparentemente contradic-

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 167



recha y del centro-derecha. Puede utilizarse la expresión nación de naciones en sentido político o sociológico pero no jurídico ya que entraña constitucionalmente consecuencias que son inaceptables para un Estado aunque sea compuesto. La fórmula remite, así lo hace explícitamente F. REQUEJO, a la existencia de cuatro naciones en el Estado español: la vasca, la catalana, la gallega y la española[111], ya que, como E. FOSSAS ha señalado, los nacionalismos perciben el federalismo como una federación entre pueblos fundadores en pie de igualdad[112]. Esta posición además de desconocer la génesis histórica de España supone un desprecio a la pluralidad de lo que podría englobarse en esa nación española y que hoy en día sería absolutamente rechazado por las Comunidades Autónomas que la integran y por sus ciudadanos[113]. Por otro lado, las dificultades serían importantes en la definición territorial de esas pretendidas naciones. En el caso del País Vasco, como agudamente ha puesto de manifiesto A. LÓPEZ BASAGUREN, la realidad lingüística y cultural vasca ha sido compatible con la diversidad política e institucional, faltando el sentimiento político de pertenencia a una nación única[114] y, de otro lado, extrañamente quienes defienden la nación vasca lo pueden hacer sin incluir, desde sus postulados, a Navarra, lo que los ciudadanos de esta Comunidad foral rechazan abrumadoramente. También resultaría complicado para quienes optan por definir a Cataluña como nación limitarse a la actual Comunidad Autónoma catalana y no incluir los pretendidos Países catalanes que abarcarían, al menos, a Valencia y Baleares. Por último, hay que señalar que el discurso de la diversidad nacional puede conducir al absurdo de ser aplicado sobre las mismas colectividades que reclaman un status «nacional» dentro de un Estado-nacional, dando lugar a los fenómenos de negación de un reconocimiento de una hipotética nación «alavesa» o, no digamos ya si aceptamos los presupuestos nacionalistas vascos, de una nación «navarra». Esta visión unilateral de las «naciones» oprimidas lleva a reproducir los mecanismos del Estado-nacional criticado, como, por ejemplo, hace W. KYMLICKA cuando dice que «una manera de adquirir y ejercer estos poderes de *nation-building* es a través de la federalización del Estado, con el objetivo de crear entidades en las que la minoría nacional forme una mayoría local. El control sobre una unidad federal permite a la minoría nacional tanto resistir el *nation-builiding* estatal, como adoptar su propio *nation-building* sub-estatal alternativo»[115].

---

toria, que quizás he criticado en alguna ocasión pero que me parece ahora no sólo posible, sino plausible, y sólidamente fundada en la muy diferente relación que la nación y las naciones guardan con el territorio en el que se asientan». M. HERRERO DE MIÑÓN (2003, 451), por su parte, también ha señalado que «nacionalidades significa, por lo tanto Naciones».

[111] REQUEJO (1999b, 328).

[112] FOSSAS (1999, 291).

[113] Así lo expresa una encuesta elaborada por Sigma Dos para el diario *El Mundo* (6 de diciembre de 2004, pp. 18-19) en la que el 75,5% de los encuestados (estando a favor el 17,9%) se pronuncia en contra de que el «nuevo Estatuto catalán y la propia Constitución reflejaran que Cataluña es una nación» y el 73,6% a favor (18,7% en contra) de que el Parlamento español rechace el nuevo Estatuto catalán «en el que se haga constar que Cataluña es una nación».

[114] LÓPEZ BASAGUREN (2004a, 85).

[115] KYMLICKA (2002, 37).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 168



El filósofo canadiense tiende a ver el Estado-nacional compuesto por una nación dominante mayoritaria y minorías nacionales oprimidas sin darse cuenta que, al menos en España, tal minoría nacional no es un todo homogéneo que aspira a ser protegida colectivamente sino que incluye a su vez a una minoría, muy numerosa, que se identifica con el Estado-nacional presuntamente opresor y minoría de la minoría que teme la conversión de la minoría en el ámbito estatal en mayoría local.

Tal vez debido a que la introducción del término nación para algunas Comunidades Autónomas pueda suscitar excesivo rechazo, se ha lanzado la idea de bautizarlas como «comunidades nacionales». Aunque el término ya había sido utilizado con anterioridad[116], ha sido su aval por el Presidente del Consejo de Estado, F. RUBIO LLORENTE[117], el que le ha dado auténtica carta de naturaleza hasta el punto de que tanto el Presidente del Gobierno, J. L. RODRÍGUEZ ZAPATERO[118], como el de la Generalitat, P. MARAGALL[119], parecen haberlo acogido positivamente, el PSOE lo acepta para Cataluña si la denominación no se traslada a la Constitución[120] y las «Bases para la actualización y reforma del Estatuto» de 18 de diciembre de 2004 del PSE-EE[121] hablan de «vertebrar y desarrollar una comunidad nacional de ciudadanos y ciudadanas», repitiendo el término en numerosas ocasiones para referirse a Euskadi[122], e incluso ha sido utilizado por Batasuna en el Pleno de 30 de diciembre de 2004 de aprobación de la Propuesta Ibarretxe[123]. Por el contrario, ha recibido un total rechazo por parte del principal partido de la oposición[124]. En relación con este término, personalmente lamento discre-

---

[116] Por ejemplo, por E. FOSSAS 1999, 296-297.

[117] Ya que «es casi lo mismo (que nacionalidades) y es decirlo mejor»: *El País*, 23 de noviembre de 2004, p. 25. J. PÉREZ ROYO (2004), partidario de citar expresamente en la Constitución qué Comunidades Autónomas son nacionalidades, entiende que eso es lo que estaba detrás de la propuesta de F. RUBIO de que Cataluña se identifique como «comunidad nacional», lo cual le parece «más que razonable» al Catedrático de Sevilla.

[118] «La denominación de comunidad nacional me parece una gran aportación de Francisco RUBIO LLORENTE, muy interesante»: *El País,* 27 de diciembre de 2004, p. 18.

[119] *El País*, 6 de diciembre de 2004, p. 16.

[120] Declaraciones del Secretario de relaciones institucionales y política autonómica, Alfonso PERALES, aunque reconociendo que la falta de acuerdo con el PP impediría una reforma de tal tipo: *El País*, 8 de diciembre de 2004, p. 16, y *El Diario Vasco*, 27 de diciembre de 2004. No parece estar tan claro el apoyo del PSOE a la utilización del término por el PSE, ya que J. BLANCO, Secretario de organización, ha señalado que «que ni apoya ni deja de apoyar» un término «no definitivo»: *El Diario Vasco,* 21 de diciembre de 2004.

[121] *www.pse-ee.psoe.es/documentos/actstuto.pdf*.

[122] Las Bases fueron aprobadas por el Comité Nacional del PSE-EE con sólo 1 voto en contra y 3 abstenciones de sus 198 miembros: *El País,* 20 de diciembre de 2004, p. 25. De todos modos, su Secretario general, Patxi LÓPEZ reconoció que cualquier término es «cuestionable y cambiable»: El Diario Vasco, 22 de diciembre de 2004. Públicamente, dentro del PSE sólo la eurodiputada socialista Rosa Díez ha cuestionado la utilización de la expresión «comunidad nacional» recordando su utilización por regímenes totalitarios desde el franquismo, pasando por HITLER o PINOCHET y señalando su ajenidad a la tradición socialista: *El Diario Vasco,* 22 de diciembre de 2004 y *El País,* 22 de diciembre de 2004, p. 24.

[123] *El País*, 31 de diciembre de 2004, p. 16.

[124] El secretario general del PP, Ángel ACEBES, para el caso del País Vasco entiende que supone subir «un peldaño más en la escalera» que conduce a un «nuevo régimen que ya nadie sabe cuál es»: *El País*, 18 de diciembre de 2004, p. 26. M RAJOY, Presidente del PP, ha señalado que «eso no es una necesidad sentida por nadie ni responde a nuestra historia»: *El País*, 21 de diciembre de 2004, p. 19.

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 169



par con F. RUBIO LLORENTE, ya que no hace más que remitirnos a la denominación de nación pues nacional no deja de ser un adjetivo que significa «perteneciente o relativo a una nación» según el DRAE. La aceptación de los elementos simbólicos de los nacionalistas periféricos nunca sacia las reivindicaciones de éstos y, sin embargo, les permite utilizarlos en su exclusivo beneficio[125]. En el caso concreto de «comunidad nacional», nadie puede asegurar que en un futuro no muy lejano alguien intente extraer las consecuencias de denominar a una Comunidad Autónoma como nacional, postulando su vinculación con el término nación y extrayendo las consecuencias soberanistas que se derivan de ésta[126].

El enfoque de este constitucionalista es, por tanto, otro y no puede ser más que el de la imposibilidad de acoger jurídicamente las propuestas de denominar a las Comunidades Autónomas «naciones» o «comunidades nacionales»[127], tanto si se incluye estatutariamente como, y esto ya es más grave, si lo fuera constitucionalmente, al margen de ir contra el

---

[125] Parece un tanto ingenua a este respecto la definición que da de «comunidad nacional» el Secretario general del PSE-EE, Patxi LÓPEZ: «una comunidad política con singularidades propias y, sobre todo, de ciudadanos libres e iguales en derechos, dentro de una sociedad vertebrada y cohesionada» (*El País*, 9 de enero de 2005, p. 20).

[126] A. DE BLAS (2004), entiende que el término es técnicamente correcto ya que tanto nación como nacionalidades «quedan subsumidas en el adjetivo nacionales», aunque duda de que sea políticamente positivo al no favorecer el esquema de convivencia arbitrado en nuestra restablecida democracia para la cuestión nacional.

[127] Produjo revuelo mediático la afirmación del Presidente del Gobierno, J. L. RODRÍGUEZ ZAPATERO, de que la expresión «nación catalana» no le «produce preocupación ni rechazo. Me parece que es un concepto discutible, más socio-histórico o cultural que jurídico. Pero no tengo una posición de rechazo por principio a lo que pueda ser una definición en términos nacionales. En definitiva, la Constitución habla hoy de nacionalidades. ¿Cuál es la diferencia entre nacionalidad y región?» (declaraciones a *El País*, 17 de octubre de 2004, p. 20). Días después en el Senado, RODRÍGUEZ ZAPATERO reiteró que se acercaba al debate sobre el término Nación «sin ningún tipo de prejuicio a este concepto» y, en esta línea, que «(j)urídicamente, es evidente que la personalidad del conjunto la tiene el Estado, pero nuestro futuro desarrollo histórico de un proyecto común conviene abandonar el fundamentalismo. (...) Conviene dejar de utilizar con carácter partidista conceptos que nos unen a todos, como el de España, como el de nación, como el de naciones o como cualquier otro»: *El País*, 18 de noviembre de 2004, p. 24. En esta misma línea, la Vicepresidenta del Gobierno, M. T. FERNÁNDEZ DE LA VEGA, ha hablado de «realidad plurinacional»: *El País*, 23 de diciembre de 2004, p. 21. También, el Presidente de la Junta de Extremadura, Juan Carlos RODRÍGUEZ IBARRA, declaró que nada tendría que objetar a que Cataluña se definiera como nación en su Estatuto «si eso hace que los catalanes se sientan más cómodos», de forma «que cada uno se sienta como quiera: español, no español, catalán, vasco o como quiera»: *El País*, 24 de noviembre de 2004, p. 25. Sin embargo, también es verdad que el Presidente del Gobierno ha rechazado que estuviera en su ánimo iniciar una reforma constitucional para sustituir las nacionalidades por naciones: *El País*, 21 de noviembre de 2004, p. 24. Por su parte, para Jordi SEVILLA, Ministro de Administraciones Públicas, «(l)a Constitución habla de nación aplicada a España y reserva nacionalidades y regiones para el resto. No encuentro razones suficientes para cambiarlo y, por el contrario, muchas resistencias a hacerlo. El beneficio ha de ser superior al coste y, hoy por hoy, no lo veo»: *El Diario Vasco*, 14 de noviembre de 2004, p. 27. El presidente del PP, Mariano RAJOY, había contestado a las primeras declaraciones de RODRÍGUEZ ZAPATERO que «la única nación que hay aquí es España, y eso es lo que, en 1978, aprobamos todos los españoles: *El País*, 30 de octubre de 2004, p. 22. Y en el antes citado debate del Senado, el portavoz del PP, Pío GARCÍA ESCUDERO, señaló que «quienes aspiran al reconocimiento de una supuesta nación dentro del Estado español no pretenden mejorar nuestro modelo de Estado, sino cambiarlo o destruirlo. (...) No se puede relativizar con términos como nación. Sin la nación española, el propio estado de las autonomías sería de difícil comprensión. La nación es un todo y las nacionalidades o regiones son las partes que integran ese todo»: *El País*, 18 de noviembre de 2004, p. 24.

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 170



proceso de construcción europea[128]. Antes ya he señalado que a la nación en el Derecho constitucional español se le atribuye la representación de la soberanía que la ejerce en concreto el conjunto del pueblo español actual y que esa soberanía es ilimitada, incondicionada y absoluta[129]. Sólo una transformación radical de nuestra estructura territorial en sentido confederal con la creación de Estados por las Comunidades Autónomas que cedieran parcialmente su soberanía, aquí sí serían naciones auténticas, a un Estado sin contenido alguno identitario[130] podría conducir a la aceptación en una hipotética Constitución de la expresión nación de naciones[131]. Lo que no puede defenderse es la vigencia del actual modelo autonómico, que es federalizante en la práctica, y la consagración de la existencia de naciones diferentes de la española. Si en la Constituyente planteó reticencias la expresión «nacionalidades» por su posible deriva autodeterminista, mucho más lo haría la introducción de un término como el de «naciones»[132] que ahora, ya sin tapujos, nos remite jurídicamente a la titularidad de la soberanía y serviría de apoyo continuado a todas aquellas fuerzas políticas que no desean la modificación del Estado Autonómico sino su destrucción para acabar con la existencia de España tal y como la conocemos[133].

---

[128] Es esclarecedor a este respecto A. López Basaguren (2003, 84-85): «(e)l proceso de integración comunitaria es un proceso de integración de Estados. En este proceso, ciertamente, el Estado-Nación está sufriendo una profunda transformación en el ejercicio de la soberanía estatal, tal y como se ha configurado tradicionalmente. Pero, frente a lo que algunos pretenden sostener, ello está muy lejos de suponer la desaparición de los Estados en el seno de la UE. Y, mucho menos, su sustitución por las entidades territoriales regionales dotadas de autonomía que en la actualidad forman parte de los Estados. El ejercicio de los poderes soberanos por parte de los Estados nacionales se ha transformado profundamente en el seno de la UE, pero ello no parece haber supuesto un debilitamiento del poder de los Estados, sino, por el contrario, su reforzamiento en el ejercicio de los poderes comunitarios. Es cierto que los Estados, cada uno de ellos, ya no puede pretender actuar de forma unilateral, al menos en los ámbitos que son objeto de integración comunitaria, ya no decide cada Estado por su lado, sino que deciden conjuntamente. Cada Estado decide junto con los demás Estados; pero son los Estados quienes deciden. En el seno de la UE, al contrario de lo que ocurre en el esquema federal clásico, no se *reparte* el poder, sino que se *comparte* entre los diferentes Estados».

[129] En contra, E. Fossas (1999), Requejo (2002a), Caminal (2002).

[130] En el que encajarían declaraciones como las realizadas a la prensa por Rafael Niubó, secretario general de Deporte de la Generalitat, en las que propuso que España se «busque un nombre o se lo invente» para participar en las competiciones deportivas internacionales: *El Mundo,* 26 de octubre de 2004. En la misma línea van las realizadas por J. J. Ibarretxe, Presidente del Gobierno vasco: «Seremos los vascos los que decidamos dónde va a parar (Euskadi). No lo va a decidir España» (ABC, 26 de octubre de 2004).

[131] En palabras de E. Fossas (2002, 79), «(l)as minorías nacionales conciben a menudo la estructura del Estado más como una confederación que una federación. Su reivindicación básica no consiste en defender que la comunidad política es culturalmente plural sino en afirmar que existe más de una comunidad política, y que cada una de ellas dispone del derecho a autogobernarse». Por su parte, F. Requejo propone «acuerdos de carácter confederal en los ámbitos simbólicos, institucionales y competenciales de las distintas realidades nacionales del Estado...» (1999b, 327), es decir, en ¡todos!.

[132] Como A. Pérez Calvo ha señalado «en el contexto constitucional español, la expresión puede resultar poco esclarecedora ya que puede inducir a la confusión entre Nación española y nacionalidades, con las consecuencias jurídicas tan distintas que encierra uno y otro concepto»: Pérez Calvo (2000, 82).

[133] Puede traerse aquí a colación la posición del antiguo Primer ministro de Canadá, P. Trudeau, con su radical oposición a un Canadá binacional, ya que el dualismo nacional divide inexorablemente al Estado y hace imposible la unidad (nacional), no aceptando un Estatuto nacional para Quebec al no ser posible consolidar el modelo federal si no se parte de la igualdad entre todas y cada una de las partes federadas: citado por Caminal (2002, 113).

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 171



En este sentido, la inconstitucional, formal y materialmente, Propuesta (de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi) Ibarretxe aprobada el 30 de diciembre de 2004 utiliza el término Nación vasca (art. 1) para constituir una «comunidad vasca libremente asociada al Estado español» (art. 1) a partir de una supuesta soberanía constituyente de un Pueblo Vasco que decide, por su propia voluntad, «asociarse» a un Estado que, casualmente, es el español, «de conformidad con el derecho de autodeterminación de los pueblos» (Preámbulo)[134], lo que resulta incompatible jurídicamente con la existencia de la nación española. En esta lógica, la Propuesta acoge también el término nacional para hablar de los símbolos («símbolos propios de representación de su identidad nacional, tanto en el interior como en el exterior»: art. 3.1) y de las selecciones deportivas («Euskadi tiene derecho a disponer, en el ámbito deportivo, de sus propias selecciones nacionales, que podrán participar con carácter oficial en las competiciones internacionales»: art. 47.4). Además, y lo que es más grave, pretende regular la «nacionalidad» vasca «para todos los ciudadanos y ciudadanas vascas, de conformidad con el carácter plurinacional del Estado español» (art. 4)[135], lo que choca extraordinariamente en un ordenamiento jurídico democrático[136], al margen de

[134] Sobre la Propuesta me remito a VÍRGALA (2004, antes de su aprobación por el Parlamento vasco, y 2005, tras la misma).

[135] En relación con el tema de la plurinacionalidad, sería ciertamente simplista, o incluso cómica, la traslación al País Vasco de la aseveración de F. REQUEJO (2002a, 162 nota 7) de que los partidarios del liberalismo que desconfía de los derechos colectivos de las naciones minoritarias se encuentran en «Ottawa, Toronto, Londres o Madrid», mientras que los seguidores del liberalismo defensores de las diferencias de las colectividades nacionales internas en un Estado-nacional «se encuentren preferentemente en ciudades como Montreal, Edimburgo o Barcelona», ya que defensores de lo primero hay muchísimos en Bilbao, Vitoria o San Sebastián, mientras que brillan por su ausencia los partidarios de lo segundo por las debilidades manifiestas de la intelectualidad nacionalista vasca.
Por otro lado, F. REQUEJO es partidario de un liberalismo que tuviera en cuenta unos denominados «derechos colectivos», aunque utiliza continuamente la expresión derechos y valores colectivos sin diferenciarlos y sin una definición precisa de tales derechos, salvo que «los derechos individuales implican dimensiones de carácter colectivo» (Requejo 1999a, 16).

[136] En este tema no pueden mantenerse posturas simplistas meramente formales, lo que choca que se dé entre politólogos, como cuando Michael Keating (1992, 54) dice que las acusaciones contra los nacionalismos minoritarios de discriminatorios e incluso racistas están basadas a menudo en meras suposiciones: «el nacionalismo vasco era al principio altamente excluyente basándose en la descendencia sanguínea y en una actitud hostil hacia los inmigrantes. Durante el siglo XX, sin embargo, se ha vuelto más integrador y hoy en día reconoce como vascos a todas las personas que viven en el País vasco que quieren ser vascos». Esta afirmación confunde el Ordenamiento jurídico, que es el que reconoce como vascos a todos lo ciudadanos con vecindad administrativa en el País Vasco, con las posiciones del nacionalismo vasco que, desde luego, no son esas, aunque el propio Keating al concluir su aseveración plantea el tema fundamental: son vascos los «que quieren ser vascos», a lo que se puede contestar: ¿al modo nacionalista vasco o al modo constitucional español?.
De la misma forma, este autor habla con ligereza, como mínimo, cuando equipara la política lingüística en Gales y en Euskadi: «Aquí (en País de Gales y en el País Vasco) se ha seguido una política de fomentar el uso de la lengua a través de la enseñanza, los medios de comunicación y la cultura, aumentando su conocimiento y uso, aunque reconociendo que la mayoría de la población no la utiliza. En ambos casos ha habido una revalorización de la lengua, y los padres de familia de las clases medias urbanas, cuyos miembros no hablan vasco o galés, han empezado a enviar a sus hijos a escuelas vascas o galesas». Los gobiernos nacionalistas vascos no han fomentado el uso de la lengua a través de la enseñanza sino que han impuesto un modelo educativo en el que la lengua materna de la mayoría de la población infantil es ignorada impidiendo en la práctica su escolarización en la misma. De la misma forma, entiendo que es muy arriesgado decir que los padres de clase media urbana en Euskadi han sentido esa revalorización sino que el poder público nacionalis-

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 172



que sea una competencia exclusiva de los órganos centrales del Estado[137].

En el caso catalán la reforma se está realizando de forma estatutaria pero contiene, en principio, algunos datos preocupantes. De momento sólo se ha hecho pública la «Proposta d'estructura i d'índex de matèries de la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya»[138], pero la misma incluye en el Títol Preliminar (Disposicions Generals) los términos «Nació Catalana»[139], «himne nacional» y «feste nacional». Además, la Ponencia parlamentaria encargada de redactar la propuesta de nuevo Estatuto ha acordado incorporar el principio de «plurinacionalidad» del Estado[140]. Aunque en el momento de escribir estas líneas parece haberse descartado la consagración explícita del derecho de autodeterminación[141], entiendo que la definición de nación es inconstitucional por las razones ya reiteradas de existencia jurídica de una única nación, la española, por lo que o se rechaza la reforma estatutaria o se modifica la Constitución pero no sólo nominalmente sino en cuanto a su forma territorial de Estado[142].

---

ta les ha conminado a la misma a través del sistema de modelos educativos y de la constatación de las dificultades que tendrán sus hijos para encontrar empleo en el sector público y en una parte importante del privado sin el conocimiento del euskera.

[137] De acuerdo a los arts. 11 («La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen») y 149.1.2 CE («1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 2. Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo»).
Es llamativa la referencia en el art. 4 a la acreditación de la nacionalidad, es decir, a la exhibición de algún tipo de documentación por el ciudadano, lo que permite, si la expedición de tal documento no es automática, diferenciar entre los vascos que la pueden acreditar y los que no y, en todo caso, la separación entre acreditados como nacionales vascos y el resto de ciudadanos españoles que puedan transitar o residir por Euskadi, con las consecuencias que en el pasado reciente europeo ha tenido la clasificación de los ciudadanos por nacionalidades internas dentro del propio Estado.

[138] Puede verse en (última visita 5 de noviembre de 2004) *http://www.parlament-cat.net/portal/page?_pageid=34,36612&_dad=portal&_schema=PORTAL*.

[139] Los socialistas gallegos han propuesto un proyecto de nuevo Estatuto de Autonomía para «garantizar la singularidad de Galicia como nación» y la «convivencia plurinacional» de España: *El País*, 31 de octubre de 2004, p. 26.

[140] Sólo el PP se desmarcó de esta fórmula: *El País*, 28 de octubre de 2004, p. 28.

[141] «Fuentes del Gobierno catalán aseguraron que el Estatuto reformado contemplará de una manera u otra la idea de autodeterminación, aunque figurará presumiblemente en el preámbulo y sin citar el término como tal»: *EL PAIS*, de 4 de noviembre de 2004, p. 31. Para F. Rubio Llorente, «(n)inguna Constitución puede reconocer el derecho de autodeterminación; esa idea no me entusiasma, y sería buscar un conflicto innecesario con las Cortes»: *El País*, 23 de noviembre de 2004, p. 25. Un agudo alegato contra la consagración constitucional del derecho de autodeterminación puede verse en un trabajo de Cass R. Sunstein (1991). El brillante constitucionalista norteamericano entiende que el reconocimiento constitucional de tal derecho supone incrementar los riesgos de conflicto étnico y faccional, de reducir las perspectivas de compromiso y deliberación en el juego político, de aumentar dramáticamente los obstáculos a la toma de las decisiones políticas diarias, de introducir consideraciones irrelevantes e ilegítimas en la toma de tales decisiones, de crear peligros de chantaje, comportamiento estratégico y explotación, y de hacer peligrar las perspectivas de autogobierno a largo plazo.

[142] En este sentido, aunque desconozco el texto, parece que «el Presidente del Consejo de Estado, Francisco Rubio Llorente, acaba de advertir de que, en su opinión de jurista, si Cataluña se definiera

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 173



Concluiré afirmando que la nación está unida al Estado-nación, pero lo importante es la evolución de ese Estado en democrático y que permita a las diferente sensibilidades territoriales su expresión sin negar claramente ninguna de ellas, pero con el respeto siempre de los procedimientos democrático-constitucionales. A partir de ahí, dentro de un Estado sólo puede haber jurídicamente una nación (vinculada a la soberanía), de forma que si se quiere constituir una nueva nación (política) debe pasarse a la formación de un nuevo Estado incompatible con el de la nación primera. Si se admite la imposibilidad de existencia de varias naciones, puede utilizarse el término nacionalidad para definir a la conjunción territorial-personal que posee autonomía política dentro de un Estado nacional pero sin poseer la soberanía ni aunque ésta sea compartida.

## V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AGIRREAZKUENAGA, J., 1999. Las oportunidades de construcción del Estado liberal español: La «España Foral». España ¿Nación de naciones?-Ayer nº 35. A. M. García (ed.). Madrid: Marcial Pons-Asociación de Historia Contemporánea 121-146.

ÁLVAREZ JUNCO, J., 2003 (7ª ed.). Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX. Madrid: Taurus.

ALZAGA VILLAAMIL, O., 1978. Comentario sistemático a la Constitución española de 1978. Madrid: Ediciones del Foro.

BALAGUER CALLEJON, F., 2000. Los hechos diferenciales y la evolución del Estado autonómico. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 85-103.

BASTIDA, X., 1998. La nación española y el nacionalismo constitucional. Barcelona: Ariel.

BLAS GUERRERO, A. de, 1984. Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas. Madrid: Espasa-Calpe.

- 2004. Nación y nacionalidad. *El País* 2 de diciembre, p. 13.

BRUYCKER, Philippe de, 2000. Problemática del Estado-Nación en Bélgica. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 342-362.

CAMINAL, M., 1999. Convergències i divergències entre nacionalisme i federalisme. Pluralisme nacional i legitimat democràtica. F. Requejo (coord.). Barcelona: Centre d'Estudis de Temes Contemporanis 59-81.

---

en la reforma estatutaria como nación, ello obligaría a reformar la Constitución española», citado por Patxo UNZUETA, «Vuelve Sócrates», en *El País*, de 4 de noviembre de 2004, p. 34. Lo anterior no significa que RUBIO LLORENTE esté en contra de dicha reforma, ya que, como antes he citado ya, posteriormente ha declarado que la reforma de la Constitución debería definir a Cataluña, Euskadi y Galicia como «comunidades nacionales», ya que «es casi lo mismo (que nacionalidades) y es decirlo mejor», llegando a señalar que «(y)o siempre he sido partidario de la idea de España nación de naciones; España es una unidad nacional de la forma parte diferenciada e inseparable el País Vasco, Cataluña y Galicia»: *El País*, 23 de noviembre de 2004, p. 25.

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 174



- 2002. El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional. Barcelona: Paidós.

COLOMER, J. M., 1986. Cataluña como cuestión de Estado. La idea de nación en el pensamiento político catalán (1939-1979). Madrid: Tecnos.

CONTRERAS CASADO, M., 2000. La importancia de llamarse nacionalidad (Sobre la historia y los hechos diferenciales). Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 128-147.

CORCUERA ATIENZA, J., 1992-1993. La dimensión constitucional entre nacionalidades y regiones en el decimoquinto aniversario de la Constitución. Documentación Administrativa 232-233: 13-31.

- 2000. Hechos diferenciales y compromisos apócrifos. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 103-128.

CRISAFULLI, Vezio y NOCILLA, Damiano, 1977. Nazione. Enciclopedia del Diritto. Tomo XXVII. Milán: Giuffrè 787-816.

FOSSAS, E., 1999. Asimetría y plurinacionalidad en el Estado autonómico. Asimetría federal y Estado plurinacional. Enric Fossas y Ferran Requejo (eds.). Madrid: Trotta 275-301.

- 2002. Igualdad y pluralismo nacional. Democracia y pluralismo nacional. F. Requejo (coord.). Barcelona: Ariel 71-88.

GELLNER, Ernest, 1988. Naciones y nacionalismo. Madrid: Alianza.

HERRERO DE MIÑON, M., 2003. España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe). Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe. Oñati: IVAP 447-462.

HOBSBAWM, Eric, 1992 (reimp. de 1997 de la 2ª ed. de 1992). Naciones y nacionalismo desde 1780. Barcelona: Crítica.

KEATING, Michael, 2002. Naciones sin Estado. Nacionalismo minoritario en la era global. Democracia y pluralismo nacional. F. Requejo (coord.). Barcelona: Ariel 49-68.

KYMLICKA, Will, 2002. El nuevo debate sobre los derechos de las minorías. Democracia y pluralismo nacional. F. Requejo (coord.). Barcelona: Ariel 25-48.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., 1997. Constitución, autonomía y hecho diferencial. El Estado Autonómico y el «hecho diferencial constitucionalmente relevante». Cuadernos de Derecho Público 2: 25-74.

LÓPEZ BASAGUREN, A., 2003. La resurrección del principio de las nacionalidades. Cuadernos de Alzate-Revista vasca de la cultura y las ideas 29: 75-97.

- 2004a. Les nouveaux détours du principe des nacionalités? autour de la proposition de «nouveau statut politique» pour le Pays Basque. Civitas Europa-Revista jurídica sobre la evolución de la Nación y del Estado en Europa 12: 79-204.

- 2004b. Estado-Nación y minorías nacionales en la nueva Europa. El presente del Estado-Nación. Ander Gurrutxaga Abad (ed.). Bilbao: Universidad Del País Vasco 65-91.

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 175



LUCAS VERDÚ, P., 1996. Artículo 1º. Estado social y democrático de derecho. Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo I. O. Alzaga (dtor.). Madrid: Cortes Generales-Edersa 95-164.

MARTI, M. y ARCHILES, F., 1999. La construcción de la Nación española durante el siglo XIX: logros y límites de la asimilación en el caso valenciano. España ¿Nación de naciones?-Ayer nº 35. A. M. García (ed.). Madrid: Marcial Pons-Asociación de Historia Contemporánea 171-190.

MOLAS, I., 1999. Les matrius teòriques del catalanisme. Pluralisme nacional i legitimat democràtica. F. Requejo (coord.). Barcelona: Centre d'Estudis de Temes Contemporanis 149-160.

NORMAN, Wayne, 2002. Secesión y democracia (constitucional). Democracia y pluralismo nacional. F. Requejo (coord.). Barcelona: Ariel 89-105.

PÉREZ CALVO, A., 2000. La nación en la Constitución española. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 45-83.

PÉREZ GARZÓN, J-S., 1999. El nacionalismo español en sus orígenes: factores de configuración. España ¿Nación de naciones?-Ayer nº 35. A. M. García (ed.). Madrid: Marcial Pons-Asociación de Historia Contemporánea 53-86.

PÉREZ ROYO, J., 2004. Una propuesta más que razonable. *El País,* 13 de diciembre, p. 14.

PÉREZ VEJO, T., 1999. Nación, identidad y otros mitos nacionalistas. Nobel: Oviedo.

PIERRÉ-CAPS, Stéphane, 2000. Estado, nación y soberanía: la realidad francesa. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 313-342.

PRAT DE LA RIBA, E., 1982 (traducción de 1917 a la obra original de 1906). La nacionalidad catalana. Barcelona: Aymá.

PRIETO DE PEDRO, J., 1993. Cultura, culturas y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RECALDE, J. R., 1982. La construcción de las naciones. Madrid. Siglo XXI.

- 1999. Convivencia ciudadana y sentimientos de identidad. España ¿Nación de naciones?-Ayer nº 35. A. M. García (ed.). Madrid: Marcial Pons-Asociación de Historia Contemporánea 191-200.

RENAN, Ernest, 1983 (ed. original en francés de 1882). ¿Qué es una nación? Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

REQUEJO, F., 1999a. Pluralisme polític i legitimitat democràtica. El refinament de l'universalisme en les democràcies plurinacionals. Pluralisme nacional i legitimat democràtica. F. Requejo (coord.). Barcelona: Centre d'Estudis de Temes Contemporanis 9-29.

- 1999b. La acomodación «federal» de la plurinacionalidad. Democracia liberal y federalismo plural en España. Asimetría federal y Estado plurinacional. E. Fossas y F. Requejo (eds.). Madrid: Trotta 303-344.

11145-176-Estado autonómico40 14/10/05 15:39 Página 176



- 2002a. Legitimidad democrática y pluralismo nacional. Democracia y pluralismo nacional. F. Requejo (coord.). Barcelona: Ariel 157-175.

- 2002b. Prólogo: Un federalismo para primates ... que pugnan por dejar de serlo. El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional. M. Caminal. Barcelona: Paidós 11-31.

RIQUER i PERMANYER, B. de, 1999. El surgimiento de las nuevas identidades contemporáneas. España ¿Nación de naciones?-Ayer nº 35. A. M. García (ed.). Madrid: Marcial Pons-Asociación de Historia Contemporánea 21-52.

ROYO VILLANOVA, A., 1982 (ed. original de 1917). Prólogo. La nacionalidad catalana. E. Prat de la Riba. Barcelona: Aymá 11-40.

RUBIO LLORENTE, F., 2003. El Plan Ibarretxe: más allá del marco constitucional. Cuadernos de Alzate-Revista vasca de la cultura y las ideas 28: 137-145.

SÁNCHEZ AGESTA, L. (revisado, adaptado y renovado por J. M. GOIG MARTÍNEZ), 1996. Artículo 2º. Las autonomías. Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo I. O. Alzaga (dtor.) Madrid: Cortes Generales-Edersa 165-239.

SCHNAPPER, Dominique, 2001. La comunidad de los ciudadanos. Acerca de la idea moderna de nación. Madrid: Alianza.

SMITH, Anthony D., 2004. Nacionalismo. Madrid: Alianza.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., 1980. Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado. Sistema 38-39: 257-281.

- 2004. Nación y Constitución. Madrid: Biblioteca Nueva.

SUNSTEIN, CASS R. (1991). Constitutionalism and Secession. Univ. of Chicago Law Review 58: 633-670.

TAJADURA TEJADA, J., 2000. Los hechos diferenciales constitucionalmente relevantes. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 148-162.

TRUJILLO, G., 2000. La soberanía hoy: la Constitución y la práctica política. Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales de Europa). A. Pérez Calvo (coord.). Madrid: Departamento de Publicaciones del Senado 163-208.

VÍRGALA FORURIA, E., 2004. La Propuesta Ibarretxe: una ruptura constitucional encubierta. Civitas Europa-Revista jurídica sobre la evolución de la Nación y del Estado en Europa 12: 241-268.

- 2005. La «reforma» Ibarretxe: una auténtica ruptura estatutaria. De próxima aparición en un libro colectivo sobre La reforma de los Estatutos de Autonomía, a publicar por el Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 177

# EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

**Javier Tajadura Tejada**
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*
*Universidad del País Vasco*

## I. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La reivindicación del derecho de autodeterminación por parte de determinadas formaciones políticas nacionalistas ha sido constante desde que aquél fuera rechazado expresamente por las Cortes Constituyentes. Si en una primera etapa que va desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta 1989, dicha reivindicación revistió un carácter marginal, en una segunda, que se inicia en 1990, adquiere una especial intensidad habida cuenta que es planteada por partidos nacionalistas que ocupan importantes parcelas de poder en el seno del Estado. Efectivamente, fue en 1990 cuando, influenciados por lo ocurrido en las Repúblicas Bálticas de la antigua Unión Soviética, los Parlamentos de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cataluña aprobaron sendas proposiciones no de Ley en las que manifestaban que no renunciaban al derecho de autodeterminación como meta. Desde entonces hasta hoy, en el actual proceso de reformas constitucionales y estatutarias en el que estamos inmersos, el derecho de autodeterminación no ha dejado de estar presente en el debate político[1].

Ahora bien, frente a esa presencia constante del tema en el debate político cabe subrayar la escasa atención que, salvo meritorias excepciones, la doctrina jurídica española ha prestado a esta problemática. Hasta tal punto esto es así que durante mucho tiempo, el único estudio monográfico y pormenorizado de la cuestión era el realizado por el profesor OBIETA CHALBAUD desde una perspectiva de Derecho Internacional[2]. En el ámbito del Derecho Constitucional, que es, como expondré después, el locus natural de toda esta problemática, la ausencia de estudios sobre el tema fue colmada en 1995 con la meritoria e importante monografía del profesor RUIPÉREZ, «Constitución y Autodeterminación»[3]. A ella acudiré en

---

[1] El Derecho de Autodeterminación aparece en el Preámbulo de la Propuesta de nuevo Estatuto Político que el Presidente de la Comunidad Autónoma Vasca remitió al Parlamento Vasco el 25 de Octubre de 2003, y su inclusión en el Preámbulo del Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña está siendo también objeto de debate en estos momentos.

[2] OBIETA CHALBAUD, J.: *El Derecho humano a la autodeterminación de los pueblos,* Tecnos, Madrid, 1993.

[3] RUIPEREZ, J.: *Constitución y Autodeterminación,* Tecnos, Madrid, 1995. Del mismo autor, *Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2003. Referencia obligada es también la Encuesta realizada por la prestigiosa Revista *Teoría y Realidad constitucional»* (Oscar ALZAGA, dir.) en su número 10-11 (2003), que contiene autorizadas aportaciones al tema de los profesores F. CAAMAÑO, F. DE CARRERAS, M. HERRERO DE MIÑÓN, R. PARADA, J. RUIPÉREZ y J. VERNET. Recientemente ha aparecido también una interesante monografía, elaborada desde una perspectiva más sociológica y politológica que jurídica, ABASCAL CONDE, S.: *¿Derecho de autodeterminación?: sobre el pretendido derecho de secesión del Pueblo Vasco.* CEPC, Madrid, 2004.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 178



numerosas ocasiones, no sólo porque es una referencia inexcusable en el estudio de este tema, sino también porque comparto plenamente sus planteamientos y enfoques.

Esa falta de correspondencia, por tanto, entre la notable relevancia que el tema ha adquirido en el debate político, y la escasa atención doctrinal que se le ha prestado, es, probablemente, la que explica que el director del Congreso, profesor García Herrera, me haya encargado la realización de esta Ponencia. Innecesario resulta recordar que el derecho de autodeterminación es un tema complejo y proteico, que presenta una rica problemática en el que Derecho y Política se funden, y que por ello resulta sumamente escurridizo para el jurista.

Además, en casi todos los estudios relativos al derecho de autodeterminación nos encontramos con la distinción entre el significado y alcance que el mismo presenta en el Derecho Público Interno y en el Derecho Internacional Público. Así, para el Derecho Público Interno, esto es para el Derecho Constitucional, el ejercicio del derecho de autodeterminación se identifica con el principio democrático, fundamento último del Estado Constitucional. Por otro lado, en el Derecho Internacional Público, la autodeterminación presenta cuatro posibles opciones o posibilidades que conviene recordar, dado que en el lenguaje político se suele prescindir de las tres primeras:

a) En primer lugar el derecho de autodeterminación puede traducirse en la libre asociación con un Estado independiente. Estados asociados al Reino Unido fueron en su momento, por ejemplo los Estados insulares de Dominica, Granada, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Antigua y Bermudas. Todos ellos son hoy Estados independientes. En la actualidad, Puerto Rico conserva el status de Estado libre asociado a los Estados Unidos. En todo caso, conviene subrayar que los pueblos que adoptan esta decisión acaban optando bien por la independencia plena, bien por la total integración en el Estado al que inicialmente se asocian.

b) En segundo lugar, el derecho de autodeterminación puede concretarse en la integración de un Estado hasta entonces independiente en otro Estado soberano. Tal fue lo que ocurrió con los Estados de Vermont y Tejas en 1791 y 1845, respectivamente, que se integraron en los EEUU o, más recientemente, de la República Democrática Alemana que en 1990 se integró en la República Federal de Alemania.

c) En tercer lugar puede referirse a la decisión de un Pueblo de un determinado territorio de continuar formando parte del Estado al que ya pertenece.

d) Finalmente, y en cuarto lugar, la autodeterminación se identifica también con la independencia o secesión. Ese fue el caso de las Repúblicas Bálticas respecto de la Unión Soviética.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 179



Ahora bien, como ha recordado el profesor RUIPÉREZ, esta distinción entre el Derecho de Autodeterminación según el Derecho Interno y según el Derecho Internacional, es, en cierto modo, ficticia y, desde luego, puramente funcional. Se apoya exclusivamente en la diferente perspectiva desde la que se observa el ejercicio del derecho de autodeterminación (esto es, los ciudadanos o la Comunidad Internacional) y en si dicho ejercicio provoca, o no, variaciones de las fronteras interestatales, esto es, modificaciones en el mapa de Estados. Si el ejercicio del derecho de autodeterminación provoca el surgimiento de un nuevo Estado o la desaparición de uno anteriormente existente, dicha problemática se situará en el ámbito del Derecho Internacional. Por el contrario, si la autodeterminación conlleva el mantenimiento de una estructura estatal, aunque dotada de un nuevo Texto Constitucional y por tanto de una nueva organización política, el supuesto es calificado como acto de Derecho Público Interno[4].

Y decimos que se trata de una distinción relativa y meramente funcional, porque en modo alguno hace variar la esencia de la institución. Como ha advertido el profesor RUIPÉREZ, «en una y otra hipótesis, el derecho de autodeterminación es la materialización práctica del principio democrático, indiscutido e indiscutible, punto de arranque del moderno edificio constitucional»[5]. Razón ésta que explica que sea la Teoría del Estado y el Derecho Constitucional, y no el Derecho Internacional Público, la que nos proporcione las claves fundamentales para la comprensión de la institución.

En este sentido, en las páginas que siguen voy a poner de manifiesto cómo el ejercicio del derecho de autodeterminación es el presupuesto lógico e histórico de todo Estado Constitucional, cómo dicho derecho ha sido ejercido ya en España, y cómo la atribución de la titularidad del mismo a fracciones del pueblo español es incompatible con la lógica y la coherencia del Estado Constitucional establecido por el Constituyente de 1977-78.

## II. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE

En la medida en que entendemos que, desde la perspectiva de la Teoría del Estado, «el derecho de autodeterminación ha de aparecer en todo momento referido a los clásicos conceptos de *Pouvoir Constituant* y de proceso constituyente» [6], debemos recordar, someramente, algunos aspectos relativos al modo en que se desarrollaron los procesos constituyentes en los contextos revolucionarios francés y norteamericano de finales del siglo XVIII. Y ello porque la distinción realizada desde entonces entre las distintas fases, etapas o momentos de dichos procesos, y en concreto, la diferenciación conceptual entre el momento del Pacto So-

[4] RUIPEREZ, J.: *Encuesta...*, ob.cit. Pág. 21.

[5] *Ibidem.*

[6] RUIPEREZ, J.: *Encuesta...* ob.cit. Pág. 20.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 180



cial y el momento del acto constitucional reviste un especial interés para la comprensión de nuestro tema.

En sentido moderno, técnico y actual, sólo puede hablarse de Constitución, y constitucionalismo, a partir de un momento histórico muy concreto: el determinado por las grandes revoluciones liberal-burguesas, americana y francesa, de finales del siglo XVIII. Fue entonces cuando, con la confrontación de los principios teóricos de la ideología liberal encarnada en la obra de MONTESQUIEU y los del pensamiento político democrático magistralmente formulados por ROUSSEAU, hicieron su aparición en la historia los primeros textos que podemos denominar constitucionales. Textos que asumen la convergencia de los tres principios básicos del constitucionalismo contemporáneo: el principio democrático basado en la afirmación de que el titular del Poder Constituyente es el Pueblo; el principio liberal basado en la defensa y garantía de los derechos y libertades de la persona mediante las declaraciones de derechos y la separación de poderes; y el principio de supremacía constitucional que afirma la sujeción del gobernante y del resto de los poderes constituidos y de todos sus productos normativos a la Constitución.

Aunque de todos esos principios, incluido el democrático, podemos encontrar valiosos antecedentes en la Historia de las Ideas Políticas, lo cierto es que nunca hasta entonces habían desplegado efectos concretos en la realidad y en la historia. Limitando nuestra atención al principio democrático, que es el que interesa a los efectos de analizar el significado del Derecho de Autodeterminación, podemos decir que presupuesto inexcusable de su aparición fue el proceso de desacralización del Estado. En este sentido, la obra de MAQUIAVELO, *El Príncipe* constituye un hito de singular trascendencia. Como ha señalado el profesor DE VEGA será a partir de entonces cuando surja la «creencia de que, al ser el Estado una obra humana, es al pueblo a quien corresponde el establecimiento de sus modos y formas de organización»[7]. Porque esto es así, «evidente resulta que el constitucionalismo aparece inescindiblemente unido al principio democrático, que se erige de manera inconcusa en el punto de arranque y fundamento último de la nueva forma de organización política del Estado[8]». Es precisamente esta circunstancia la que va a marcar la diferencia entre el Estado Constitucional y el resto de las formas políticas que adoptó el Estado desde su nacimiento en el siglo XV. Sólo cabe hablar de Estado Constitucional en la medida en que éste basa su organización en un texto que es obra de la voluntad de un Pueblo que se sabe soberano y que se considera por ello el único sujeto legitimado para decidir cómo quiere ser gobernado.

---

[7] DE VEGA, P.: «Constitución y democracia» en La Constitución de la monarquía parlamentaria (Lopez Pina, A. ed.) FCE, Madrid, 1983. Pág. 67.

[8] RUIPEREZ, Javier: *La 'Constitución europea' y la teoría del Poder Constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000. Pág. 103.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 181



Sin detenernos en los relevantes antecedentes teóricos del principio democrático, hemos de reconocer que fue en 1620 cuando aquellos produjeron su primer efecto en la historia. Durante el viaje de los Padres Peregrinos en el Mayflower, mediante la transformación del pacto de gracia puritano en un auténtico pacto político se tomó plena conciencia de que el Pueblo es el titular de la soberanía. En virtud de los planteamientos políticos del calvinismo se llegó a la conclusión de que si los individuos son totalmente libres para organizar su comunidad religiosa, lo son también para organizar su comunidad política. Fruto de esta nueva concepción de la comunidad política influenciada por el puritanismo calvinista son los primeros antecedentes de las Constituciones modernas y las primeras plasmaciones concretas del principio democrático. Principio que alcanzará su consagración definitiva cuando las colonias americanas se independicen de la Corona británica. Como ha puesto de manifiesto Charles BORGEAUD fue en el ámbito de las futuras colectividades-miembros estadounidenses, y no en el de la Federación, donde se proyectó y se desarrolló la más correcta expresión de la teoría de la soberanía popular: La organización del ejercicio del Poder Constituyente «está basada no sólo sobre el principio de que la autoridad constituyente pertenece al Pueblo, sino también sobre esta otra concepción, retomada en el Derecho moderno por la Reforma puritana, que esta autoridad no puede ser representada»[9]. Y fue así como las antiguas colonias fueron aprobando sus respectivas Constituciones. Por lo que a nuestro tema se refiere, podemos decir que los pueblos de dichas colonias fueron los primeros en ejercer el derecho de autodeterminación en su sentido moderno y actual.

Y lo hicieron, como lo han puesto de relieve los profesores DE VEGA y RUIPÉREZ, siguiendo de un modo u otro los esquemas teóricos trazados, ya en 1717, por el reverendo John WYSE, de forma que en aquellos procesos constituyentes pueden fácilente distinguirse tres etapas diferenciadas y sucesivas: declaración de derechos[10], pacto social y acto constitucional[11].

---

[9] BORGEAUD, Charles: *Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, 1893. Pág. 166. Tomo la cita de RUIPEREZ, Javier: *La 'Constitución...* ob. cit. Pág. 106.

[10] Por lo que se refiere a la primera etapa, resulta incuestionable el hecho de que la primera preocupación de los revolucionarios liberal-burgueses, tanto en Francia como en América, fue la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta. Esa preocupación se tradujo en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Será en un momento posterior cuando se proceda a aprobar la Constitución y esto último se hará siempre, precisamente, para garantizar aquellos derechos mediante la separación de poderes. En cualquier caso, lo que importa subrayar es que las declaraciones de derechos se configuran como un presupuesto inexcusable para la existencia misma del Estado Constitucional y que lo distinguen del Estado absoluto. Frente a las concepciones absolutistas según las cuales los privilegios son concesiones graciosas de los monarcas a las clases sociales más poderosas, se impone la tesis, tributaria de las doctrinas iusnaturalistas, de que todo hombre por el hecho de serlo es titular de unos derechos preexistentes al Estado y que, por tanto, deben ser por él respetados.

[11] WYSE. John: A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it, Boston, 1772. Agradezco al profesor Santiago Roura haberme facilitado copia de esta obra.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 182



## II.1. EL PACTO SOCIAL

Lo de menos es señalar los diferentes caminos, bien conocidos, que siguieron el constitucionalismo norteamericano y el francés, o la inversión que sufrió el orden de los acontecimientos en el Estado Social. A los efectos de nuestra exposición lo que importa es distinguir bien, por las relevantes consecuencias que de dicha distinción extraeremos después, el momento del Pacto Social del momento del Acto Constitucional.

a) El momento del Acto Constitucional es fácilmente identificable en los procesos revolucionarios americano y francés. Una vez que, mediante la declaración de derechos, se ha establecido la esfera de libertad individual, de lo que se trata es de hacerla efectiva. En ello consiste el acto constitucional, en aprobar un texto constitucional que organizando el Estado conforme al principio de división de poderes asegure al ciudadano el respeto a su ámbito de libertad personal. Evidente resulta que este acto constitucional concebido como supremo sistema de garantía de la libertad individual requiere, por ineludible exigencia del racionalismo jurídico, su plasmación en un documento escrito, formal y solemne, aprobado por el Pueblo, titular del Poder Constituyente.

b) El Pacto Social, resulta más difícil de identificar en la práctica, y ello porque se verifica al mismo tiempo que el Acto Constitucional. Sin embargo, a pesar de esa simultaneidad en el tiempo, lo cierto es que desde un punto de vista conceptual o teórico el pacto social es un momento clara y necesariamente diferenciado tanto de la declaración de derechos como del acto constitucional y que por lo que a nuestra tema se refiere adquiere una importancia fundamental en la medida en que la verificación del Pacto Social se identifica plenamente con la afirmación o con el surgimiento del titular del derecho de autodeterminación.

Probablemente debamos a ISNARD una de las más precisas formulaciones de la distinción entre Pacto Social y Acto Constitucional. Reproduzco la cita que, aunque larga, considero imprescindible por la claridad que aporta sobre este tema: «Debe reconocerse en primer lugar (...) cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos (...) Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno (...) En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza»[12].

---

[12] ISNARD, *Archives Parlamentaires,* vol. LXIV, Pág. 417. Tomo la cita de DE VEGA, P.: «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual» en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 100, 1998. Pág. 28.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 183



La relevancia de esta última distinción en relación con la aplicación del principio democrático no puede ser soslayada: «En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza» (ISNARD). Y ello porque va a ser mediante el pacto social como surja el Poder Constituyente y como se configure, por tanto, el titular de la soberanía. Desde un punto de vista lógico resulta incuestionable que si la Constitución es el fruto de la voluntad del poder constituyente, el surgimiento de éste último debe ser previo a aquella. Así mediante el pacto social surge el Poder Constituyente, pero es mediante el acto constitucional como aquel actúa en la Historia.

La relevancia del pacto social en relación con la plasmación del principio democrático es notoria. En este sentido, el profesor RUIPÉREZ ha señalado como «debe tomarse en consideración que cuando los distintos individuos, a través de su adhesión al pacto social, consienten en formar una asociación, es decir, en crear una única comunidad política –el Estado– como unidad organizada de decisión y acción política, lo que en realidad están haciendo es, por utilizar la figura acuñada por ALTHUSIUS, culminar el proceso por el que cada uno de los individuos cede la soberanía que como tal le corresponde, en favor de una nueva entidad superior a cada uno de ellos, y englobadora de todos ellos: el Pueblo»[13]. Mediante la verificación del pacto social, el Pueblo queda afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. A partir de entonces, el Pueblo puede en virtud de su condición de soberano imponer su voluntad a los ciudadanos individualmente considerados, y por tanto, está facultado para aprobar, establecer y sancionar la Constitución [14].

Fácilmente se comprende a la luz de todo lo anterior que el constitucionalismo moderno sea considerado como un movimiento tributario de las tesis contractualistas o pactistas, y de manera fundamental de las construcciones de Althusius [15], Hobbes o Rousseau, y que toda Constitución se configure hoy día como un pacto. Ahora bien, el problema surge al determinar cuál es la naturaleza de esa pacto. Porque algunos de los defensores del derecho de autodeterminación como *ius secessionis* lo identifican con el antiguo pacto feudal[16], lo cual resulta, desde la lógica del Estado Constitucional, inadmisible.

---

[13] RUIPEREZ, J.: *La 'Constitución...* ob. cit. Pág. 115.

[14] Baste recordar, a modo de síntesis de todo lo dicho, las celebérrimas palabras con las que se inicia el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: «Nosotros, el Pueblo...». Concisa y precisa plasmación jurídica del principio democrático manifestado en el pacto social.

[15] Fue con la publicación, en 1603, de la Política de ALTHUSIUS cuando se comprendió que mediante el establecimiento del pacto político, de modo similar a lo que ocurre hoy con la aprobación de las Constituciones, lo que los individuos hacen es tanto proceder a la creación del Estado como a la determinación de quien es el titular de la soberanía en aquél.

[16] Quienes continuan operando con el principio monárquico conciben la Constitución como un pacto entre el señor territorial (hoy, el Gobierno Vasco) y el Rey. Nada de extraño tiene que bajo esas premisas se realicen propuestas como las del Pacto con la Corona, que en los albores del siglo XXI, resultan claramente extravagantes.

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 184



El pacto social no es un contrato asimilable a los que operan en el tráfico jurídico privado, esto es, en el ámbito del Derecho Civil. Antes al contrario, el pacto social debe ser entendido como una hipótesis de derecho puro. Hipótesis que tiene por objeto o finalidad explicar la situación recíproca de los ciudadanos de un Estado libre [17]. El carácter hipótetico del pacto social lo puso de manifiesto su más celebre formulador. En «El Contrato social» Rousseau advertía lo siguiente: «las cláusulas de este contrato se hallan determinadas hasta tal punto por la naturaleza del acto, que la menor modificación las haría vanas y de efecto nulo; de suerte que, aun cuando jamás hubiesen podido ser formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas, y doquiera están tácitamente admitidas y reconocidas» [18].

En este sentido creo oportuno reproducir la definición que del pacto –como hipótesis de derecho puro– ofrece ROUSSEAU, en la medida en que según la tesis defendida en esta Ponencia, dicho contrato social se identifica con el surgimiento del titular del derecho de autodeterminación:

«Si se elimina del pacto social lo que no le es de esencia, nos encontramos con que se reduce a los términos siguientes: `Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo'. Este acto produce inmediatamente, en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad» [19].

Como nos recordó el Maestro TUÑÓN DE LARA, «el gran tema del Contrato Social es, ni más ni menos, que «la fundamentación de la legitimidad democrática» (...) El pacto social de ROUSSEAU no es, ni ha pretendido ser nunca, una hipótesis histórica; es una fundamentación teórica» [20].

Según ROUSSEAU, y tal y como había afirmado antes Grocio «un pueblo es un pueblo antes de darse un rey». Y trasladando la idea a nuestro tiempo, podemos decir que un pueblo es un pueblo antes de dotarse de una Constitución. Dicho con otras palabras, el surgimiento del Poder Constituyente precede lógica e históricamente a la aprobación de la Constitución. Y dicho surgimiento en virtud de un pacto social entendido como hipótesis teórica para fundamentar la legitimidad democrática, es el que nosotros identificamos con la afirmación del pueblo como titular del derecho de autodeterminación.

---

[17] RUIPEREZ, J.: «Encuesta...» ob. cit. Pág. 24.

[18] «Estas cláusulas –continúa el ciudadano de Ginebra- debidamente entendidas, se reducen todas a una sola, a saber, la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la humanidad; porque, en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos, y siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás». ROUSSEAU, J.J.: *Contrato social* (1762), Traducción de Fernando de los Ríos y prólogo de M. Tuñón de Lara, Espasa-Calpe, 5ª edición, Madrid, 1990. Pág. 48.

[19] ROUSSEAU, J. J.: «*Contrato social...*» ob. cit. Págs. 48-49.

[20] TUÑÓN DE LARA, M.: «Prólogo» a *Contrato Social...* ob. cit. pág. 12.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 185



Por todo lo anterior entiendo que se puede afirmar, por un lado, que el titular del derecho de autodeterminación se crea mediante el Pacto Social, y, por otro, que su ejercicio se identifica con la actuación del Poder Constituyente.

Ahora bien, cada vez que entra en escena un nuevo Constituyente, las posibilidades que se le ofrecen son básicamente tres. Esto es, el ejercicio del derecho de autodeterminación por parte del Constituyente puede conducir a uno de estos tres escenarios [21]:

a) En primer lugar, la creación de una nueva comunidad política. El Pacto Social reviste en estos supuestos un indiscutible carácter fundacional. Eso fue lo que ocurrió con la reunión de la Convención de Filadelfia que el 25 de mayo de 1787 dio origen al nacimiento de los Estados Unidos de América, como Estado Constitucional en su manifestación estructural de Estado Federal. Y es también la hipótesis que habrá de verificarse en Europa para que el proceso de integración continental actualmente articulado mediante una Confederación de Estados en su forma moderna[22], desemboque en la creación de un Estado Constitucional.

b) En segundo lugar, el pacto social puede verificarse en el seno de comunidades políticas ya existentes en aquellos casos en que estas desean dotarse de una nueva forma de organización o, utilizando la categoría del maestro LUCAS VERDÚ, modificar su fórmula política[23]. Nos encontramos de este modo, advierte el profesor RUIPÉREZ, ante un acto que si bien no tiene un carácter fundacional, sí al menos debe reconocérsele el de acto refundacional: «El contrato social –continúa el satedrático de la Universidad de La Coruña– se traduce ahora en la ratificación de la voluntad de los ciudadanos de formar, y mantener, una única comunidad política aunque articulada sobre otros principios y valores a los que, como Pueblo soberano, va a dar expresión normativa en una nueva Constitución, rompiendo en todo caso, con la situación política y jurídica anterior»[24]. Esto fue lo que sucedió en la Francia de 1789-1791 que rompió con el Antiguo Régimen y, después, en 1792-1793 en que se renunció al marco constitucional de 1791. Por lo que se refiere a nuestro país, esto fue también lo que sucedió en 1812, 1869, 1873, 1931, y sobre todo y como veremos después en 1977-78.

c) En tercer lugar, el pacto social puede dar lugar a la disolución de la propia comunidad política. Tal fue el caso, relativamente reciente, que se dio en la última década del siglo pasado en la antigua República de Checoeslovaquia. Tras la caída del régimen comunista se abrió en aquél país un proceso constituyente, proceso que hubiera podido concluir con la decisión de continuar conservando una estructura estatal única vertebrada en torno a valores y principios diferentes. Sin embargo, como es bien sabido, no fue esa la decisión del Poder Constituyente ya que este

---

[21] RUIPEREZ, J.: *Encuesta...*, ob. cit. Págs. 25 y 26.

[22] LA PÉRGOLA, A.: *Los nuevos senderos del federalismo,* CEC, Madrid, 1994. Págs.124-138 y 151-190.

[23] LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político,* Tecnos, Madrid, 1974. Vol. II. Pág. 421 y ss.

[24] RUIPEREZ, J.: Encuesta..., ob.cit. Págs. 25 y 26.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 186



optó por proceder a la disolución del Pacto Social del 28 de octubre de 1918[25], y con él, a la escisión de la antigua República en dos nuevas, la República checa y la República eslovaca, cada una de las cuales, en ejercicio de su soberanía, se dotaría de su propia Constitución.

## II.2. LA VERIFICACIÓN DEL PACTO SOCIAL EN ESPAÑA

Con las anteriores premisas, estamos ya en condiciones de analizar la problemática de la autodeterminación en el concreto ordenamiento constitucional español. En este sentido, lo primero que debemos hacer es examinar el modo en que los españoles ejercimos el derecho de autodeterminación.

Establecida la necesidad desde un punto de vista lógico e histórico de distinguir en todo proceso constituyente el momento del pacto social y el momento del acto constitucional, procede identificar ahora ambos episodios en el camino que culminó con la aprobación de la Constitución de 1978. Y si por lo que se refiere al segundo de ellos, resulta pacífico afirmar que puede datarse en diciembre de 1978, no ocurre lo mismo en relación al momento en que tuvo lugar el Pacto Social –reitero una vez más, pacto como hipótesis de derecho puro y no como pacto feudal dentro de la lógica del principio monárquico-.

Efectivamente, es preciso reconocer que determinar en qué momento los españoles adoptamos la decisión política fundamental de continuar unidos en una única estructura estatal pero con una fórmula política no sólo diferente sino completamente antagónica a la vigente durante el régimen del dictador Franco, no es tarea fácil. Ahora bien, el hecho de que sea difícil de fijar en el tiempo el momento exacto en que se verificó el pacto social, no quiere decir en modo alguno que dicho pacto no hubiera tenido lugar. Como hemos visto, sin el Pacto, no hubiera podido surgir Poder Constituyente alguno y la Constitución de 1978 se vería privada de su fundamento y legitimidad democrática[26].

Así las cosas, aunque considero muy aventurado identificar el momento del pacto social con un episodio histórico determinado, creo absolutamente imprescindible subrayar que dicho pacto tuvo lugar y ello en la medida en que desde formaciones políticas nacionalistas se pretende negar tal evidencia.

Si bien es verdad que los españoles no protagonizamos una escena como la celebérrima reunión de la Convención de Filadelfia en la que se culminó de forma clara el proceso altusiano de traslación de la soberanía des-

[25] El 28 de octubre de 1918, la Comisión Nacional aprobó la Ley de Recepción. La aprobación de la misma reviste según la doctrina el carácter de acto fundacional de la antigua Checoeslovaquia como Estado independiente. Dicho Pacto Social fue ratificado en diversas ocasiones hasta que en los años 90 del siglo pasado fue sustituido por dos nuevos y privativos pactos sociales.

[26] Salvo que aceptaramos la inadmisible tesis de que su fundamento reside en las Leyes Fundamentales del Reino.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 187



de los individuos aisladamente considerados al Pueblo del Estado como unidad política diferenciada, lo cierto es que entre 1976 y 1978 se sucedieron distintos episodios en los que cabe entender que el pacto social tuvo lugar. Entre ellos cabe señalar los siguientes: el referéndum de aprobación de la Ley para la Reforma Política de 1976, la campaña electoral de junio de 1977, o el acto de votación de las elecciones de 15 de junio de 1977.

Cuando las Cortes elegidas aquel histórico 15 de junio, se autoproclamaron como constituyentes, obraron del mismo modo que los Estados Generales en la Francia de 1789 o las Cortes de Cádiz, esto es, rompiendo todo nexo de unión con la situación jurídica y política precedente. Se inauguraba así –escribe RUIPÉREZ– «una situación fáctica en la que el Constituyente de 1977-78, procede, en nombre del Pueblo español como único sujeto legitimado para decidir cómo iba a ser gobernado, a establecer un juevo orden jurídico y político. Nueva situación jurídica que, de manera indubitada, acepta el Pueblo» [27].

La voluntad del Pueblo español a favor del mantenimiento de España como una estructura estatal única vertebrada en torno a los principios y valores del constitucionalismo democrático y social resulta incuestionable. Esa voluntad popular se expresó tanto de manera indirecta, según los esquemas propios de la democracia representativa, a través de los miembros de la Constituyente, como directa, en el referéndum del 6 de diciembre de 1978.

A este respecto los datos no pueden ser más elocuentes:

a) En primer lugar, y por lo que se refiere a la intervención popular indirecta, basta con recordar el amplio apoyo que recibió el Proyecto constitucional en la votación final sobre la totalidad del mismo realizada el 31 de octubre de 1978 en ambas Cámaras. En el Congreso de los Diputados el Proyecto fue aprobado por 325 votos afirmativos, frente a 6 negativos, 14 abstenciones y 5 ausencias. En el Senado el respaldo al texto no fue menor: 226 votos afirmativos frente a 5 negativos, 8 abstenciones y 9 ausencias[28].

b) En segundo lugar y por lo que se refiere a la expresión directa de la voluntad popular en el referéndum del 6 de diciembre, es preciso recordar que los resultados del mismo fueron contundentes. Con una participación del 67,1 por ciento, el voto afirmativo fue del 87,9 por ciento de los votos válidos emitidos[29].

---

[27] RUIPEREZ, J.: «Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del Poder Constituyente y cambio jurídico-político en España» en Revista de Estudios Políticos, núm. 116, 2002. Pág. 64-65. MORODO, R.: *La transición política*. 2ª edición ampliada, Tecnos, Madrid, 1993. Pág. 135-136. GUERRA, A.: «Prólogo» a Morodo, R.: *La transición...*, ob. cit. Pág. 15 y ss.

[28] DE ESTEBAN, J.: «El proceso constituyente español» en TEZANOS, J.F., COTARELO, R., DE BLAS, A. (eds.) y otros, *La transición democrática española*, Madrid, 1989. Pág. 294.

[29] MARAVALL, J.A. y SANTAMARÍA, J.: «Transición política y consolidación de la democracia en España», en *La transición democrática española*... ob. cit. pág. 209. Igualmente importa destacar que frente a las falsedades que a veces se vierten sobre el particular, el Proyecto Constitucional que fue respaldado en Andalucía con el voto afirmativo del 91,9 por ciento, fue aprobado en Cataluña por el 90,5 por ciento, en Galicia por el 88,2 por ciento y en el País Vasco por el 69,1 por ciento.

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 188



La conclusión que debemos extraer de estos datos en orden a nuestro tema no puede resultar más clara: el Pueblo español, como titular de la soberanía y del Poder Constituyente, ha ejercido ya el derecho de autodeterminación[30]. Esta tesis fue defendida, en sede política, por uno de los grandes protagonistas y artífices de nuestra régimen constitucional y hoy Presidente de la Comisión Constitucional del Congreso, Alfonso GUERRA. Cuando en 1989 y 1990 algunas formaciones políticas nacionalistas reclamaron el derecho de autodeterminación, el entonces Vicepresidente del Gobierno les respondió que su pretensión era absurda e inconsistente, toda vez que el Pueblo español ya se había autodeterminado con la aprobación de la Constitución.

Ello es lo que explica que la Constitución haya sido definida como el gran pacto social y político para la convivencia de los españoles. Valgan, por todos, las palabras del profesor TORRES DEL MORAL: «Si toda Constitución normativa y democrática es, y no puede dejar de ser, un gran pacto entre las fuerzas que están en tensión dialéctica acerca de las reglas del juego social, político y económico, la Constitución española lo es plenamente, incluso (...) por el método seguido durante el proceso constituyente. Este pacto juega un papel importantísimo de integración de dichas fuerzas, así como de los diversos territorios, en el régimen instaurado» [31].

En España, por tanto, se ha dado sobrado cumplimiento al derecho de autodeterminación. Es más, y siguiendo nuevamente a RUIPÉREZ, podríamos afirmar que el ejercicio de este derecho se ha verificado con un doble giro de tuerca.

Como advirtió KELSEN, en todo Estado Federal, o si se quiere políticamente descentralizado, la población (como también el territorio) es objeto de una doble cualificación: por un lado, los individuos son ciudadanos de la Federación y por otra en tanto que habitantes de cada una de las colectividades miembros tienen reconocida también la ciudadanía del Estado particular de que se trate. Ambas ciudadanías están en estrecha e íntima conexión habida cuenta que el Derecho Constitucional federal comparado nos muestra cómo la adquisición de una conlleva necesariamente la de la otra[32]. El esquema es, en opinión del profesor RUIPÉREZ que comparto plenamente, aplicable al caso español donde cabe hablar del Pueblo como Pueblo federal o estatal y como Pueblo de cada una de las Comunidades Autónomas (terminología esta adoptada por los distintos Estatutos de Autonomía integrantes de nuestra Constitución territorial).

---

[30] RUIPEREZ, J.: «Los principios constitucionales en la transición política... ob. cit. Pág. 71.

[31] TORRES DEL MORAL, A.: «Principios de Derecho Constitucional español». Tomo I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª edición, Madrid, 2004. Pág. 96.

[32] KELSEN, H.: Teoría General del Estado, Comares, Granada, 2002, pág. 360: «Entre las dos ciudadanías existentes en el Estado federal –la de la Unión y la del Estado miembro– tiene que haber necesariamente una cierta conexión. Sería posible que la adquisición y la pérdida de las mismas estuviesen reguladas con entera independencia (...) Pero la regla general es la existencia de alguna conexión entre ellas; de ordinario, la adquisición de ciudadanía en un Estado miembro tiene por consecuencia la adquisición de la ciudadanía federal».

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 189



Si, como hemos expuesto anteriormente ninguna duda cabe de que el Pueblo, como Pueblo estatal en su conjunto, ejerció el derecho de autodeterminación, procede examinar lo que ocurrió respecto a esa otra cualificación del Pueblo como Pueblo de cada una de las colectividades miembros. De esta forma comprenderemos la anterior afirmación relativa a que en España la autodeterminación ha sido ejercida con un doble giro de tuerca.

También desde esta segunda perspectiva se ha dado satisfacción al derecho que nos ocupa. Tal es el significado que debemos atribuir a la aprobación de todos y cada uno de los Estatutos de Autonomía con los que se concreta el marco de distribución territorial del poder. Significado que se acentúa en el caso de las Comunidades que en el pasado habían plebiscitado sus Estatutos (Cataluña, País Vasco y Galicia) así como Andalucía. Si en las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143, la aprobación de su norma fundacional es obra exclusivamente de sus representantes, no ocurre lo mismo en las configuradas según los requerimientos del artículo 151.2, por la sencilla razón de que en estos supuestos el texto aprobado por los representantes obligatoriamente ha de ser sometido «a referendum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto».

En la medida en que este Congreso se celebra para conmemorar los XXV años del Estatuto de Autonomía del País Vasco –efeméride ésta que incomprensiblemente el gobierno autonómico se niega a conmemorar, a pesar del hecho indiscutible de que sólo de aquél y de la Constitución que lo ampara deriva su legitimidad– debemos subrayar que en el acto de aprobación del mencionado Estatuto, en 1979, los ciudadanos del País Vasco ratificaron un derecho de autodeterminación que ya habían previamente ejercido en 1978[33].

Para decirlo con mayor claridad y contundencia, el Pueblo Vasco se ha autodeterminado dos veces: primero, como integrante del pueblo estatal (español) del que forma parte y luego como Pueblo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Por ello si antes nos referimos a la Constitución como pacto, ahora también podemos y debemos calificar el Estatuto de Autonomía como el gran pacto entre los vascos, no un pacto feudal entre el País Vasco y el resto de España (HERRERO DE MIÑÓN), sino un pacto entre todos los vascos (nacionalistas y no nacionalistas).

## III. EL IMPOSIBLE ENCAJE DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

De lo expuesto hasta ahora se deduce con claridad que el significado y alcance del Derecho de Autodeterminación en el Estado Constitucional es-

[33] CORCUERA ATIENZA, J., y PÉREZ CALVO, A.: «En torno al referéndum del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Notas sobre el subsistema de partidos vasco» en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 12, 1979. Pág. 194-195. ABASCAL CONDE, S.: «¿Derecho de autodeterminación?...» ob. cit., Pág. 205 y ss.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 190



pañol nada tiene que ver con la interpretación que del mismo hacen determinadas formaciones políticas nacionalistas en el debate político. Y me refiero, claro está, tanto a las proposiciones aprobadas por los Parlamentos catalán y vasco en 1990 en las que se reclamaba el derecho de autodeterminación para las poblaciones de las referidas Comunidades Autónomas como al todavía más esperpéntico Preámbulo de la Propuesta de Nuevo Estatuto Político presentada por el Presidente del Gobierno Vasco[34].

En este sentido, creo obligado examinar los distintos argumentos con los que se ha tratado de justificar el encaje del derecho de autodeterminación de una fracción del Pueblo español, entendido como posibilidad de secesión de una parte del territorio nacional, en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, la consideración de dicho derecho como un elemento inherente a toda estructura federal; en segundo lugar, como un derecho reconocido por Tratados Internacionales ratificados por España; en tercer lugar, su reconocimiento como un derecho humano al amparo del art. 10.2 CE; y, finalmente, la consideración del mismo como un derecho histórico amparado por la DA primera CE. Terminaré esta exposición, refutando la tesis de los que, ante la imposibilidad de fundamentar el ius secessionis en el derecho positivo, lo deducen de la «fuerza normativa de lo fáctico».

### III.1. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y ESTADO FEDERAL

Para algunos no es necesario que el derecho de autodeterminación de las colectividades miembros de una Federación –entendido como derecho de secesión– sea reconocido expresamente por el Poder Constituyente en el Texto de la Constitución federal, y no lo es porque dicho derecho sería inherente a esa forma de Estado[35].

En los debates constituyentes, por ejemplo, el profesor FRAGA IRIBARNE, se opuso al reconocimiento del derecho de autodeterminación alegando que eso sería propio de un Estado Federal, fórmula ésta objeto de un profundo rechazo por parte de Alianza Popular[36]. A *contrario sensu* cabría entender, por tanto, que si España fuera un Estado Federal, no habría ningún inconveniente en admitir el derecho de secesión.

---

[34] Dicho texto fundamenta el derecho del Pueblo Vasco a decidir su propio futuro, esto es, a «formalizar un nuevo pacto político para la convivencia» en «el derecho de autodeterminación de los pueblos, reconocido internacionalmente» (...) y en el «respeto y actualización de los derechos históricos recogidos en el Estatuto de Gernika y en la Constitución española».

[35] Esta es la tesis, por ejemplo, del profesor CAAMAÑO DOMINGUEZ. Según el Catedrático de la Universidad de Valencia, cuando el poder constituyente se ejerce «para constituir un Estado demoliberal y políticamente descentralizado, el derecho de autodeterminación, no el de cada individuo sino el de las minorías nacionales constitucionalmente reconocidas, no se agota en el momento constituyente, aunque nada se diga al respecto en la literalidad del texto constitucional. Toda federación tiene que aprender a vivir bajo la espada de Damocles de una posible secesión». CAAMAÑO DOMINGUEZ, F.: *Encuesta*... ob. cit. Pág. 15.

[36] Tal fue el tenor de su intervención para rechazar las enmiendas de Euskadiko Esquerra. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 113 (19 de julio de 1978).

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 191



Esta tesis dista mucho de ser pacífica doctrinalmente, y, en definitiva, su admisión o rechazo va a depender de qué es lo que entendamos por Estado Federal. Carl SCHMITT lo planteó en los siguientes términos: Si el Estado Federal «según su esencia, debe ser permanente, el ingreso en la Federación debe significar la renuncia permanente al derecho de secesión; pero si la Federación ha de ser al mismo tiempo pacto, y los Estados que la integran no deben perder su existencia política independiente, necesitan quedar los miembros de la Federación en situación de decidir por sí mismos sobre la eventual imposibilidad, aplicabilidad y cesabilidad de ese pacto, y éste es, precisamente, un derecho de secesión» [37].

En este sentido baste con recordar que aquellos autores (CALHOUN y VON SEYDEL [38]) para los que la soberanía reside en los Estados miembros y no en la Federación, la secesión será siempre un derecho inherente a las colectividades miembros. Ahora bien, esta doctrina es minoritaria. Y ello porque para la mayoría de los contractualistas como recuerda el profesor RUIPÉREZ, la «entrada en vigor de la Constitución federal conlleva el cambio de status de los Estados contratantes, los cuales, pierden su condición de soberanos, sujetos de Derecho Internacional, para convertirse en colectividades miembros del Estado Federal, único soberano e integrante de la sociedad internacional» [39].

Sin entrar en más precisiones y detalles es preciso afirmar que las tesis de CALHOUN y VON SEYDEL, según las cuales porque los Estados miembros siguen siendo soberanos conservan siempre el derecho de abandonar la Federación, no es que no sirvan para explicar la naturaleza del Estado Federal sino que lo que hacen es negar su misma existencia y realidad. Si el Pacto federal que da lugar a la Constitución federal no produce el efecto de trasladar la soberanía de los pueblos de las colectividades miembros al Pueblo federal, el resultado al que llegamos no es otro que a una Confederación de Estados. Porque efectivamente en la Confederación como fruto de un Tratado Internacional suscrito entre Estados y no de una Constitución emanada de un Pueblo constituyente, los Estados miembros conservan la cualidad de soberanos.

Así lo advirtió, entre otros, CARRÉ DE MALBERG: «Admitir que la Unión de Estados conocida con el nombre de Estado federal no da origen, de ningún modo, a un Estado superior, sino que viene a ser únicamente una sociedad contractual entre Estados que siguen siendo soberanos, es decir una mera confederación (...) es la negación del Estado Federal» [40].

En todo caso, y al margen de la aludida confusión entre Confederación de Estados y Estado Federal, la controvertida cuestión de la cosoberanía

[37] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución,* Alianza Editorial, Madrid, 1992. Pág. 356.

[38] SCHMITT, C.: *Teoría...*, ob. cit. Pág. 354-355. CARRE DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado,* 2ª edición, FCE-UNAM. México, D.F., 1998. Págs. 136 y ss.

[39] RUIPEREZ, J.: *Constitución y autodeterminación...*, ob. cit. Págs. 81-82.

[40] CARRE DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado...,* ob.cit. Págs. 135-136.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 192



fue resuelta por la Historia. La guerra de secesión norteamericana zanjó el debate en el sentido de rechazar la soberanía de los Estados miembros. Se confirmó así que sobre un mismo territorio no pueden existir dos soberanos. La cosoberanía era y es una hipótesis contraria a la razón y a la lógica más elemental. Con meridiana claridad y acierto lo percibió HELLER:

«Es posible que dos ejércitos luchen por establecer sus respectivas soberanías sobre un territorio determinado, en cuyo caso, el jurista tendrá que aceptar la existencia de una lucha por la soberanía, que durará hasta la terminación de la guerra. Es en cambio imposible aceptar que sobre un mismo territorio existan dos unidades decisorias supremas; su existencia significaría la destrucción de la unidad del Estado y su consecuencia sería el estallido de la guerra civil» [41].

Todo lo anterior explica que para la doctrina mayoritaria, esto es, para los grandes teóricos del Estado (JELLINEK, CARRÉ DE MALBERG, HELLER) la existencia del derecho de autodeterminación como derecho de secesión lejos de ser un elemento esencial del Estado Federal es contemplado como el criterio diferenciador de la Confederación y el Estado Federal. En tanto que la primera es una unión de derecho internacional basada en un Tratado suscrito por Estados soberanos, éstos pueden abandonarla cuando consideren que las circunstancias han cambiado y que su pertenencia a la misma ya no les resulta conveniente; en el Estado Federal, por el contrario, al tratarse de un verdadero Estado, tal posibilidad de secesión es absolutamente inadmisible.

Establecido lo anterior, y para que esta exposición no quede incompleta, es preciso referirse también a la tesis de KELSEN en la medida en que se trata de uno de los grandes teóricos del Estado y uno de los más importantes juristas demócratas del siglo XX. Y es preciso hacerlo porque el creador de la Escuela de Viena discrepa en cierta medida de las afirmaciones precedentes. En todo caso, como veremos, se trata de una tesis que prácticamente ha carecido de proyección en la realidad y en la historia.

Si hasta ahora habíamos visto que el reconocimiento del derecho de autodeterminación era incompatible con la existencia del Estado Federal como auténtico Estado Constitucional basado en el Poder Constituyente del Pueblo federal, KELSEN sostendrá que hay que admitir la hipótesis de que dicho reconocimiento sea posible: «Es posible que tal derecho (el *ius secessionis*) sea concedido expresamente a los miembros por la constitución de la unión; en ese caso, establécese el fundamento jurídico de la terminación de la misma. Pero se comprende fácilmente que ese derecho de abandonar la unión no puede concederse sin limitaciones (...). Sólo con ciertas condiciones puede concederse, pues, el derecho de retirarse de la unión»[42].

---

[41] HELLER, H.: «La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional», Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2ª edición, México, D.F. 1995. Pág. 214. Igualmente, CARRE DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado...*, ob.cit. Pág. 143. JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado,* Comares, Granada, 2000. Pág. 488. ROUSSEAU, J.J.: *Contrato social...*, ob. cit. Pág.58-60.

[42] KELSEN, H.: *Teoría General del Estado,* Comares, Granada, 2002. Pág.373 a 378 con las que concluye el libro II.La validez del orden estatal. La cita es de la pág. 376.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 193



Ahora bien, dicho esto, concluye con claridad y contundencia que «si no es concedido bajo ninguna condición, no hay ningún fundamento de Derecho positivo para afirmar su existencia» [43]. En otras palabras, KELSEN admite que el Poder Constituyente al establecer la Constitución Federal puede reconocer expresamente el derecho de autodeterminación de las colectividades miembros, y ello además con ciertas condiciones, pero advierte, igualmente, que a falta de ese reconocimiento expreso, dicho derecho carece de cualquier fundamento.

A esta tesis se adhiere en la doctrina española el profesor RUIPÉREZ: «Para que la autodeterminación como secesión sea posible en el ámbito del Estado Federal, es necesario que su posibilidad haya sido expresamente prevista por el Poder Constituyente que aprobó y sancionó la Constitución federal» [44].

Se trata sin duda alguna de una posición coherente con la doctrina democrática del Poder Constituyente como poder absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad. Ahora bien, dicho esto, no puede sorprendernos el hecho de que el constitucionalismo comparado no nos proporcione ni un solo caso en que el constituyente federal haya obrado así. Y ello porque los supuestos que tradicionalmente se han ofrecido para ilustrar esta teoría, las constituciones soviéticas [45] y la de la extinta República Yugoeslava, no eran, en puridad, constituciones racional normativas, o dicho con otras palabras, no eran constituciones democráticas.

---

[43] *Ibidem.*

[44] RUIPEREZ, J. *Constitución y autodeterminación...* ob. cit. Pág. 89. Naturalmente esto exige plantearnos nuevamente la diferencia que en tal caso existiría entre la Confederación de Estados y el Estado Federal. La diferencia según el autor citado sigue existiendo: «Por una parte, ambas formas de agrupación se distinguen en cuanto al origen de este derecho *(ius secessionis)*. En la Confederación de Estados el *ius secessionis* es una facultad con la que cuentan los Estados por el mero hecho de ser tales y haberse integrado en la Unión. Por el contrario, en el Estado Federal, este derecho tan sólo existirá cuando haya sido aceptado por el Constituyente (...) Por otra parte, también son diferentes las condiciones que en uno y otro caso se requieren para poder ejercitar el derecho de secesión. En el caso de la Confederación, la posibilidad de que alguno o algunos de los miembros se separen de la Unión se encuentra justificada por la cláusula *rebus sic stantibus* (...) En el caso del Estado Federal, la secesión nunca podrá ser entendida como una potestad ilimitada». Págs. 90-91.

[45] Respecto a la antigua Unión Soviética hay que advertir que a pesar de que el artículo 72 de la Constitución soviética de 7 de octubre de 1977 disponía: «A cada República federada se le conserva el derecho a separarse libremente de la URSS», el *ius secessionis* no era una facultad ilimitada cuyo ejercicio dependiera exclusivamente de la voluntad de las Repúblicas federadas. Antes al contrario se trataba de un derecho subordinado a su aceptación por el Estado Federal Soviético. Ello se deduce con claridad del artículo 73 del Texto constitucional citado, según el cual, correspondía a los órganos superiores del poder federal la competencia para «determinar la frontera estatal de la URSS y ratificar las modificaciones de fronteras entre otras Repúblicas federadas» así como «decidir otras cuestiones de relevancia para toda la federación». Y recordamos esto, no obstante, desde la convicción de que como ha puesto de manifiesto el profesor LA PERGOLA (y como lo hicieron antes M. MOUSKHELI, K.C. WHEARE, C. J. FRIEDRICH o K. LOEWENSTEIN) la URSS no era en puridad un Estado Federal por no ser un Estado constitucional democrático. LA PERGOLA, A.: Los nuevos senderos del federalismo... ob. cit Pág. 138-139. En todo caso, las anteriores circunstancas son las que explican que a pesar de las enormes diferencias jurídicas, políticas, históricas y sociales que separan a la Constitución de los EEUU y a la última Constitución nominal soviética, y a los 150 años que median entre la guerra de secesión norteamericana y la perstroika soviética, la respuesta inmediata del Presidente Lincoln frente a los Estados del Sur y la de Gorbachov frente a las Repúblicas bálticas fueran idénticas.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 194



Al fin y al cabo, y aun admitiendo, con KELSEN, que el Constituyente puede reconocer el derecho de secesión de las colectividades miembros [46], preciso es afirmar que dicha opción resulta contradictoria con uno de los fines esenciales del Estado que es su conservación y permanencia. Dicho con otras palabras, admitir la secesión es constitucionalizar la posibilidad de destrucción del Estado como posibilidad jurídica y no meramente fáctica o revolucionaria. Esto es lo que explica que ninguna Constitución democrática haya reconocido nunca este derecho. Y la nuestra, como veremos, no ha sido una excepción.

Resumiendo todo lo anterior podemos afirmar que en un Estado Federal o políticamente descentralizado, la legitimidad del derecho de secesión sólo puede fundarse en su reconocimiento expreso por parte del Poder Constituyente que establece y sanciona la Constitución. Procede por tanto examinar cuál fue la posición al respecto del Constituyente español de 1977-78.

Determinar cuál fue la posición de nuestro último Constituyente en relación con el posible reconocimiento del derecho de autodeterminación de alguna fracción del Pueblo español, esto es de las poblaciones de las Comunidades Autónomas, es una tarea relativamente sencilla. Salvo que se pretenda realizar un ejercicio de falsificación de la realidad y de la historia, es preciso reconocer que el tema no sólo no fue eludido sino que fue abordado expresamente. El Constituyente de 1978 no reconoció en nuestro Texto Fundamental más posibilidad de autodeterminación que la implícitamente referida a la integración de Gibraltar en el Reino de España. Las enmiendas que en sede constituyente se presentaron a favor del reconocimiento del *ius secessionis* fueron todas rechazadas de forma rotunda y contundente.

Es precisamente ese rechazo expreso del derecho de autodeterminación como *ius secessionis* por parte del Constituyente de 1978 el que convierte en inadmisibles desde una perspectiva jurídico-constitucional (al margen de su legitimidad política o ideológica) las pretensiones de los juristas y los políticos que se han adherido a las tesis del nacionalismo soberanista, de fundar tal derecho en el Texto Constitucional bien sea como derecho internacional, como derecho humano, o como derecho histórico. Se trata de tesis que pretenden deducir de la Constitución lo que ésta expresamente rechaza. El Preámbulo del denominado Plan Ibarretxe se configura como un paradigma de esas pretensiones.

Dedicaré, por ello, las páginas que siguen al examen del Derecho de Autodeterminación desde cada una de las perspectivas citadas, esto es como derecho internacional, como derecho humano, o como derecho histórico.

### III.2. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL

La doctrina española es prácticamente unánime en rechazar la posibilidad de deducir del Derecho Internacional un derecho de autodeterminación

[46] Para KELSEN el ejercicio del *ius secessionis* deja de ser un acto de soberanía (que es lo que supone en la Confederación) para convertirse en una facultad constitucional.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 195



para territorios integrantes del actual Estado Constitucional español. La ya citada Encuesta llevada a cabo por la Revista *Teoría y Realidad Constitucional* nos pone de manifiesto que este es casi el único punto en el que todos los autores están prácticamente de acuerdo (profesores F. CAAMAÑO, F. DE CARRERAS, M. HERRERO, R. PARADA, J. RUIPÉREZ y J. VERNET)[47].

Si nos situamos en el plano del Derecho Internacional, y –con total independencia de lo que el derecho interno prevea sobre la cuestión– examinamos si en la realidad social y política de España concurren o no las circunstancias que legitiman y hacen lícita la autodeterminación desde la mencionada perspectiva jurídica internacional, fácilmente comprenderemos que la respuesta sea negativa.

Siguiendo al profesor OBIETA CHALBAUD, autor como ya anticipé del primer estudio monográfico sobre la cuestión [48], para que el *ius secessionis* sea lícito desde un punto de vista internacional es preciso que en el seno del Estado que se trate se den algunos de estos supuestos: a) una persecución sistemática de un pueblo o de una minoría étnica; b) una situación de desigualdad de derechos entre los diversos pueblos del Estado; c)una situación de desigualdad de hecho en lo que respecta a la protección de las culturas de los distintos pueblos.

Esto es lo que explica que la función histórica que el derecho de autodeterminación ha desempeñado en el plano internacional haya sido permitir a los pueblos coloniales acceder a su independencia [49]. Por ello la Resolución de Naciones Unidas 1514 (XV), que es la que otorga cobertura jurídica al derecho de autodeterminación en el plano internacional, ha sido acertadamente denominada como carta magna de la descolonización. Y no existe apoyo alguno en el Derecho Internacional para aplicar ese derecho a situaciones no coloniales. En este sentido, la Resolución 2625 (XXV) de Naciones Unidas precisa que, ninguna de las disposiciones incluidas bajo el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos se entenderá en el sentido de que autorice o propicie acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de acuerdo con el principio en cuestión «y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio sin distinción por motivos de raza, credo o color». De ello se deduce también, con claridad, que sólo cabe reconocer el derecho de autodeterminación a favor de pueblos incluidos en Estados carentes de instituciones democráticas.

Considero innecesario detenerme a justificar lo obvio, esto es, que en España no hay pueblos coloniales. Ninguno de los supuestos que justifican la se-

---

[47] *Encuesta...* ob. cit. Págs. 30 a 54.

[48] OBIETA CHALBAUD, J.: *El derecho humano...* ob. cit.

[49] Sobre las luces y las sombras de ese proceso descolonizador resulta imprescindible examinar, RIVERO, O.: *Los Estados inviables,* La cataráta, Madrid, 2003.

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 196



cesión se da en España. Y en la medida en que no se dan, el Derecho Internacional garantiza la unidad y la continuidad del Estado Constitucional español como miembro de la Comunidad Internacional, consagra su integridad territorial y prohíbe atentar contra ella [50]. Por tanto, no es sólo que el derecho de autodeterminación como *ius secesionis*, reclamado por las formaciones políticas nacionalistas, no tenga cabida ni encaje tampoco en el Derecho Internacional sino que además se encuentra en él proscrito.

### III.3.DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Descartada la posibilidad de fundamentar el *ius secessionis* en el Derecho Internacional General, en la medida en que España es un Estado dotado de instituciones democráticas y en el que no existen ni pueblos coloniales ni pueblos perseguidos, se ha pretendido deducir el derecho de autodeterminación del artículo 10.2 CE, como un derecho humano aplicable en nuestro ordenamiento constitucional.

El punto de partida de esta pretensión es la naturaleza que el Derecho Internacional atribuye a la autodeterminación de los pueblos. En concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos en el seno de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977, atribuyen a la autodeterminación la condición de un auténtico derecho humano.

El segundo paso consiste en afirmar que porque la autodeterminación es reconocida internacionalmente como un derecho humano, en nuestro ordenamiento constitucional, y en concreto merced al artículo 10.2 CE, el *ius secessionis* puede ser ejercido en cualquier momento y de inmediato. El punto débil de esta argumentación resulta claramente visible: que la autodeterminación sea, en el plano internacional, un derecho humano no quiere decir que, necesariamente, tenga que ser, en el plano interno, un derecho fundamental. Porque lo que el artículo 10.2 CE hace –al ordenar que las normas constitucionales declarativas de derechos fundamentales sean interpretadas «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»– es establecer un criterio hermeneútico pero su función termina ahí. Esto es, el artículo 10.2 no sirve para ampliar la tabla de derechos fundamentales establecida por el Constituyente. Su efecto se limita a establecer la obligación de que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos se interpreten según las normas internacionales de Derechos Humanos [51].

---

[50] DIEZ DE VELASCO, M.: Instituciones de Derecho Internacional Público, 14ª edición, Tecnos, Madrid, 2003. Págs. 243 y ss. Del mismo autor, Las organizaciones internacionales, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2003. Pág. 265-275. En dichas obras puede encontrarse la más completa bibliografía sobre la problemática de la autodeterminación desde una perspectiva jurídica internacional.

[51] TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional español*... ob. cit. Tomo I. Pág. 330. SSTC 36 y 214/1991, de 14 de febrero, y de 11 de noviembre.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 197



Para decirlo con mayor claridad y contundencia, para que una norma constitucional declarativa de derechos fundamentales pueda ser interpretada, por imperativo del artículo 10.2 CE, de conformidad con los Tratados de Derechos Humanos, es preciso que dicha norma exista. Y como venimos exponiendo en estas páginas una norma tal que reconozca el derecho de autodeterminación como *ius secessionis* no sólo no existe sino que fue rechazada expresamente por el Constituyente.

El examen correcto de esta cuestión debe partir del distinto significado que para el Estado Constitucional tienen los derechos humanos y los derechos fundamentales, lo que, de una u otra forma, nos remite a la clásica dicotomia de la libertad en libertad natural y libertad civil.

Fue John WISE quien sentó las bases de una distinción que asumió después el pensamiento liberal y que, en nuestros días, sigue resultando sumamente útil para comprender el significado y alcance de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional. Partió WISE de la necesidad de distinguir entre la esfera de la libertad que corresponde a los individuos en cuanto hombres, que en principio es absoluta e ilimitada, y la que les corresponde como ciudadanos de una determinada comunidad política. Surgieron así los conceptos de libertad natural (la primera) y libertad civil (la segunda) que, actualmente, equivalen y se identifican con las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales, respectivamente.

En este sentido, importa subrayar que la libertad civil (los derechos fundamentales) según WISE no es otra cosa que aquella parte de la libertad natural (los derechos humanos) que siguen conservando los individuos una vez que han renunciado al estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. De ello se desprende que siendo la libertad natural o los derechos humanos los mismos e iguales en todas partes, no ocurre lo mismo con la libertad civil o los derechos fundamentales que pueden variar de una comunidad a otra.

Ello quiere decir que uno de los efectos del pacto social materializado en el acto constitucional necesariamente ha de consistir en fijar el ámbito de la libertad civil, restringiendo así el de la libertad natural. Esta teoría tiene además la virtualidad de explicar el fundamento de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional que no puede ser otro que el principio democrático en que se basa el pacto social. Esto es (y frente al esquema liberal inicial en el que el orden de los acontecimientos era el inverso), los derechos fundamentales valen porque están recogidos en una Constitución normativa emanada del Poder constituyente surgido del pacto social.

Y por lo que a nuestro tema se refiere ninguna duda cabe sobre el hecho de que el derecho de autodeterminación como *ius secessionis* fue expresamente excluido por el constituyente de la declaración de derechos contenida en el Texto Constitucional [52]. Por ello resulta jurídicamente aberrante tratar de

[52] RUIPEREZ, J.: *Encuesta...* ob.cit. Págs. 43 y 44: «Porque en el momento de la libertad lo que se hace es concretar, mediante su elevación a la categoría de Derecho Positivo, la parte de la libertad na-

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 198



oponer al Estado un derecho humano como el *ius secessionis,* que no sólo no fue recogido en el Texto Constitucional como derecho fundamental sino que fue objeto del rechazo expreso por parte del constituyente de 1977-78.

### III.4. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS

Ante la inviabilidad de fundamentar el *ius secessionis* en las resoluciones de las Naciones Unidas o en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los juristas afines al nacionalismo soberanista han realizado un último y desesperado intento de encontrar un anclaje constitucional a la reivindicación del derecho de autodeterminación. Se trata de configurarlo como un derecho histórico que encontraría el respaldo de la Disposición Adicional Primera CE. Ahora bien, dicho intento, como los anteriores, está condenado al fracaso, y una vez más la razón es la imposibilidad de deducir del Texto Constitucional algo que fue objeto de rechazo expreso por el Constituyente.

Como acertadamente advierte uno de los más lúcidos estudiosos del nacionalismo vasco, el profesor Javier CORCUERA, el Partido Nacionalista Vasco ha hecho de los derechos históricos el nuevo gran mito de la tradición nacional vasca [53]. Y en la medida en que se trata de un mito resulta políticamente irrelevante que dichos derechos existieran o no. En todo caso, baste con señalar, que como nos recordara el tristemente desaparecido profesor TOMÁS Y VALIENTE: «No tenemos conocimiento de un mítico Derecho vasco. Nunca esos tres territorios formaron entre sí algún tipo de unidad o sociedad política. A lo largo de los siglos XI y XII los tres territorios pertenecieron, en oscilación propia de tierras fronterizas, a Navarra o a Castilla. Desde el siglo XIII, sin interrupción ni crisis alguna, fueron territorios incardinados dentro de la Corona de Castillla, diferenciados entre sí y dotados de regímenes jurídicos propios si bien muy castellanizados» [54].

En todo caso, cualquier reflexión jurídica sobre el significado y alcance de un concepto tan impreciso e indeterminado como el de derechos históricos debe comenzar, según mi modesta opinión, trayendo a colación la advertencia que el Maestro GARCÍA PELAYO realizó en el momento en que tan controvertida categoría estaba discutiéndose en la Constituyente y que, lamentablemente, ningún eco encontró en nuestra clase política.

Desde las páginas de *El País,* el que fuera después primer Presidente del Tribunal Constitucional[55], denunciaba el colosal despropósito de introdu-

---

tural de la que van a continuar gozando los individuos una vez que la comunidad política/Estado de que se trate se haya constituido, evidente resulta que cabe entender que los ciudadanos han renunciado de manera total y absolutamente libre, a la titularidad y ejercicio en la comunidad de todos los derechos humanos que no aparezcan expresamente consignados» en las declaraciones de Derechos.

[53] CORCUERA ATIENZA, J.: *Política y Derecho. La construcción de la Autonomía Vasca,* CEC, Madrid, 1991. Pág. 309 y ss.

[54] TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Raíces y paradojas de una conciencia colectiva» en E*scritos sobre y desde el Tribunal Constitucional,* CEC, Madrid, 1993. Pág. 200. Véase también del mismo autor su ya clásico Manual de Historia del Derecho Español, Tecnos, Madrid, 4ª edición, 1983. Págs. 249-262.

[55] El artículo apareció el domingo 24 de septiembre de 1978 y está recogido en sus *Obras Completas.* GARCÍA PELAYO, M.: *Obras completas.* CEC, Madrid, 1991. Vol. III. Pág. 3171.

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 199



cir un principio de legitimidad histórica en una Constitución normativa. Las citas son largas, pero la indiscutible *auctoritas* de la que emanan, creo que justifican su transcripción.

En el Proyecto Constitucional, señalaba GARCÍA PELAYO «se emplea la denominación, extravagante en nuestra época, de los derechos históricos». «Se trata, en efecto –continúa el maestro GARCÍA PELAYO– de una expresión anticuada, aparentemente en el espíritu de la escuela histórica del Derecho, cuyas tesis constituyeron una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo pasado, frente a las tendencias racionalistas y progresistas».

Siendo esto ya bastante grave, aún lo es más el hecho de que la noción de derechos históricos apela a una legitimidad no democrática y que, por tanto, díficilmente puede tener encaje en una Constitución racional-normativa: «Esta idea de los derechos históricos representa, en cualquiera de sus formas, la transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas formulados originariamente para las monarquías; representa la extensión a épocas completamente distintas del principio típico de la Edad Media de la superior validez "del buen derecho viejo" frente al derecho nuevo, es decir, exactamente la inversión de los términos sobre los que se construyen los ordenamientos jurídicos modernos, en los que el derecho nuevo priva, normalmente, sobre el viejo; representa, en fin, la pretensión de sustituir la legitimidad racional por la legitimidad tradicional, pretensión que no tiene sentido cuando la tradición se ha interrumpido durante largo tiempo»[56].

Finalmente, y tras haber calificado a los mencionados derechos históricos como «privilegio sustentado sobre sí mismo»[57], el maestro GARCÍA PELAYO, con gran lucidez, percibió los riesgos de reconocer algo tan «vago, difuso y confuso»: «Esta ambigüedad básica es el comienzo de muchas más, abre paso a interpretaciones teóricas y prácticas de gravedad incalculable y, sobre todo, proporciona un arsenal de argumentos jurídicos que pueden ser esgrimidos, sea articulados en estrategias políticas audaces y de largo alcance, sea para finalidades más modestas –por ejemplo, destinadas a crear un ámbito privilegiado en materia fiscal o en otro campo– pero no por eso menos perturbadoras del sistema político y la vigencia del orden constitucional»[58].

---

[56] *Ibidem*.

[57] El tenor literal de la Disposición Adicional según la cual la Constitución «reconoce» los derechos históricos «podría interpretarse en el sentido de que más allá de la Constitución, y, al parecer, con validez igual a ella, existe un círculo jurídico privativo, un privilegio sustentado sobre si mismo, unas inmunidades de los antiguos señoríos cuyo reconocimiento se considera como condición para la integración de las provincias vascas en el Estado español». GARCÍA PELAYO, M.: «Obras completas...», ob.cit. Pág. 3174. Como es sabido el término «reconoce» fue finalmente reemplazado por el «ampara y respeta» lo que resulta indiferente a los efectos del referido comentario crítico. Lo relevante fue que tras el primer párrafo de la DA se incluyó un segundo según el cual «la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

[58] GARCÍA PELAYO, M.: *Obras completas...* ob. cit. Pág. 3175.

11177-206-Estado autonomico41 14/10/05 15:56 Página 200



Las teorías y doctrinas de quienes, operando con el principio monárquico, defienden la soberanía originaria de determinados territorios[59], y la aplicación práctica de aquellas concretada, por ejemplo, en el Plan Ibarretxe, nos ponen de manifiesto que los temores de don Manuel GARCÍA PELAYO no eran, en modo alguno, infundados.

En todo caso, baste con señalar que la jurisprudencia constitucional rechaza con rotundidad y contundencia ese tipo de construcciones. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse con la cuestión y, en su decisiva sentencia 76/1988, se pronunció sobre el alcance y los límites de los derechos históricos reconocidos en la Disposición Adicional Primera de la Constitución. Trascendentales son, en este sentido, los Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto de la citada sentencia:

a) En el primero de ellos se subraya que no es la Historia sino el Poder Constituyente el que otorga validez y vigencia a los mencionados derechos: «La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones "históricas" anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma Disposición Adicional primera y no de su legitimidad histórica, de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia».

b) En el FJ cuarto, por su parte, se rechaza la tesis de que los derechos históricos sean un título competencial autónomo: «La idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias. Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias, de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia. Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la Disposición Adicional primera CE, lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es de su "foralidad" pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado».

En definitiva, el contenido y alcance de los Derechos Históricos debe concretarse en el Estatuto de Autonomía siempre dentro del marco cons-

[59] Esa es la tesis de M. HERRERO: «en (los derechos históricos) se expresa el carácter originario de una personalidad inderogable que ha de decidir democráticamente (puesto que es el pueblo el titular de tales derechos y no ya los territorios forales) y que se relaciona paccionadamente con terceros», HERRERO, M.: *Encuesta...* ob. cit., pág. 78. Desarrolla por extenso su tesis en *Idea de Derechos Históricos,* Espasa-Calpe, Madrid, 1991, y, más recientemente, en *Derechos Históricos y Constitución,* Taurus, Madrid, 1998.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 201



titucional. Lo que no pueden nunca es ser entendidos como un cauce para la apertura ilimitada del Texto Constitucional. Tal entendimiento resultaría incompatible con la normatividad de la Constitución, habida cuenta que permitiría al legislador autonómico decidir sobre su ámbito competencial legitimándolo en la Historia.

En este sentido debemos recordar que el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía del País Vasco puso de manifiesto que para buena parte de los representantes del Partido Nacionalista Vasco los derechos históricos se identificaban más con ese acervo competencial indefinido y por ello potencialmente ilimitado, que con el concepto defendido por el Tribunal Constitucional. Ello tuvo su traducción jurídica en la Disposición Adicional del Estatuto que dispone: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». Ahora bien, los potenciales efectos perturbadores del primer inciso de la disposición transcrita –en la que se vuelve a incidir en el papel de la Historia como fuente de derechos, sin precisar cuáles–, se ven neutralizados por el inciso final que, por exigir siempre y en todo caso, que la actualización de los derechos históricos se lleve a cabo de acuerdo con el ordenamiento jurídico, impide entenderlos o interpretarlos como una norma abierta de límites indefinidos[60].

Y por lo que a nosotros interesa, si los derechos históricos, como ha dicho el Tribunal Constitucional, no son títulos autónomos de competencias, resulta evidente que mucho menos pueden ser concebidos como un título habilitante para el ejercicio del *ius secessionis,* facultad exorbitante que reviste mucha mayor trascendencia que cualesquiera otras competencias ordinarias.

La intención del Constituyente al aprobar la DA primera fue, como ha demostrado el profesor Tomás Ramón Fernández, encontrar una vía razonable para afrontar la controvertida cuestión relativa al régimen administrativo de los llamados Territorios Históricos o Territorios Forales [61]. Esto es, la finalidad del precepto está muy alejada de cualquier posible reconocimiento del *ius secessionis.*

Es más, identificar los derechos históricos con la soberanía originaria de un mítico Pueblo vasco, conduciría jurídicamente a tener que negar la existencia misma de esos derechos. Solución esta que por contradecir el Texto Constitucional no resulta admisible.

Y ello porque, si como sostienen los juristas afines al nacionalismo soberanista, los derechos históricos realmente existieron y éstos sólo pueden y deben ser entenidos como expresión de la soberanía del Pueblo vasco considera-

---

[60] Solozabal Echavarria, J.J.: «Las bases constitucionales del Estado Autonómico», Mac Graw-Hill, Madrid, 1998. Pág. 344 y ss.

[61] Fernández, T. R. «Los derechos históricos de los territorios forales», Civitas-CEC, Madrid, 1985.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 202



do como un ente distinto y, de algún modo, contrapuesto a ese Pueblo español del que, por lo demás, son parte integrante [62], su existencia es contraria a la Constitución actualmente vigente, que atribuye la titularidad de la soberanía al Pueblo español en su conjunto. Nos encontraríamos así con que la incompatibilidad de los derechos históricos con el ordenamiento constitucional sería absoluta y, en consecuencia, dichos derechos históricos no formarían, ni podrían formar, parte del Derecho positivo vigente.

Ningún jurista sensato podría avalar tal conclusión. Es evidente que los derechos históricos forman parte del Derecho positivo vigente en España, y ello por la única y exclusiva razón de que el Legislador Constituyente de 1977-78 así lo quiso [63]. Desde esta perspectiva, desde el punto de vista de su contenido material están vigentes en la medida en que son compatibles con la Constitución de 1978. Y su ejercicio y actualización sólo pueden tener lugar dentro de la Constitución, esto es, respetando los límites que ella establece. Porque esto es así, los derechos históricos que la Constitución reconoce y garantiza para lo que nunca podrán ser esgrimidos es para destruir al propio soberano que los admite como parte integrante del ordenamiento jurídico por él creado [64].

### III.5. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y FACTICIDAD

Finalmente debemos aludir a una teoría defendida por un jurista conservador que formó parte de la Ponencia Constitucional, Miguel HERRERO. El insigne Letrado del Consejo de Estado sostiene que aunque resultara imposible fundamentar el derecho de autodeterminación en el Derecho Constitucional vigente, siempre cabría la posibilidad de basar el ejercicio de aquél en la mera realidad, esto es en los hechos. «Si una consulta democrática hecha en condiciones de paz y libertad, ya se tratase de un referéndum o de unas elecciones autonómicas, arrojase un resultado claro a favor del derecho de autodeterminación, bien porque esa fuera la pregunta consultada o el programa mayoritariamente votado, el derecho de autodeterminación surgiría de la fuerza normativa de los hechos» [65]. Analicemos por separado cada uno de los supuestos a los que se refiere el autor.

a) En primer lugar, la celebración de un referéndum que arrojase un resultado claro a favor del reconocimiento del derecho que nos ocupa. En mi modesta opinión, una cosa es reconocer la fuerza normativa de los hechos sobre la que teorizara JELLINEK, y, otra muy distinta, deducir de una

[62] Conclusión que se extrae de la lectura el preámbulo del Plan Ibarretxe. El Preámbulo parte como ha advertido el profesor Vírgala de que ya se ha ejercido el Derecho de Autodeterminación. VÍRGALA, E.: «El Proyecto Ibarretxe: independentista, antidemocrático e inconstitucional», en *Cuadernos de Alzate,* núm. 29, 2004. Pág. 64.

[63] Para la comprensión del significado y alcance de la constitucionalización de los derechos históricos resulta imprescindible la recentísima obra de los profesores GARCÍA HERRERA, M. A, y CORCUERA ATIENZA, J.: *La constitucionalización de los Derechos Históricos,* CEPC, Madrid, 2002.

[64] RUIPEREZ, J.: *Encuesta*... ob. cit. Pág. 96.

[65] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Encuesta*... ob.cit. pág. 105.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 203



violación flagrante del Texto Constitucional un hipotético *ius secessionis* a favor de determinadas Comunidades Autónomas. Y ello por la sencilla razón de que la convocatoria y celebración de una consulta o referendum sobre el derecho de autodeterminación por parte de un Gobierno Autonómico nunca podría ser entendido como un acto de soberanía sino como una infracción manifiesta y grave del ordenamiento jurídico [66]. Infracción que, por elementales exigencias de la seguridad jurídica, exigiría por parte del Estado una respuesta contundente. Y que, probablemente requeriría poner en marcha el procedimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución [67]. Coincido en este sentido con el profesor PARADA en que no hay supuesto «más claro, más patente, más obvio, ni más notorio de atentado al interés general de España que el inicio por una Comunidad Autónoma de un camino de secesión» [68].

b) Por lo que se refiere a la celebración de unas elecciones autonómicas que otorgaran una mayoría clara a fuerzas políticas defensoras del nacionalismo soberanista conviene recordar lo siguiente. Las elecciones, sean generales o autonómicas, tienen como finalidad que los ciudadanos participen en la composición de los órganos que han de conformar la voluntad del Estado o de la Comunidad Autónoma. En situaciones de normalidad constitucional, no pueden configurarse, de ninguna manera, como un plebiscito relativo a la continuidad o a la disolución del pacto social. El resultado de las elecciones determinará quien va a ocupar las posiciones de Gobierno y de oposición, respectivamente. Pero lo que me importa subrayar es que el Parlamento y el Gobierno surgidos de los comicios necesariamente habrán de configurarse como poderes constituidos del Estado, y sometidos por ello a la Constitución. Con independencia de los programas políticos defendidos, ningún partido está legitimado en el seno del Estado Constitucional para llevar a cabo actos revolucionarios [69].

En definitiva, admitir que el poder normativo de lo fáctico se imponga a la Constitución supone aceptar la quiebra de la democracia, esto es, el triunfo del despotismo sobre la libertad. El principio que el genio jurídico de CICERÓN incorporó a la cultura política, *«legum servi summus ut liberi esse possummus»* y que MONTESQUIEU introdujo en su concepción de la liber-

---

[66] Infracción doble: por un lado, del orden competencial que resulta del bloque de la constitucionalidad en la medida en que la competencia para convocar referendos es exclusiva del Estado; y, por otro lado, por pretender ejercer un derecho expresamente excluido por el constituyente: el de autodeterminación bien sea tendente a la secesión o a la creación de un Estado libre asociado.

[67] Art. 155 CE: «1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. 2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas».

[68] PARADA, R.: *Encuesta...*, ob. cit. pág. 123.

[69] Analizo con más detalle esta problemática en TAJADURA, J.: *Partidos políticos y Constitución,* Civitas, Madrid, 2004.

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 204



tad política («la libertad consiste en hacer lo que las leyes permiten porque si pudiéramos hacer lo que prohíben todos tendrían ese poder y ya no habría libertad») nos permite comprender el auténtico significado y el dramático alcance de la tesis que aquí se combate.

## IV. CONCLUSIONES

La conclusión principal que cabe extraer de esta Ponencia es que el significado y alcance del derecho de autodeterminación en el Estado Constitucional vigente nada tiene que ver con el hipotético *ius secessionis* reclamado por determinadas formaciones políticas defensoras de un nacionalismo soberanista.

Desde la perspectiva de la Teoría del Estado y de la Constitución, el derecho de autodeterminación aparece estrechamente vinculado, con la teoría democrática del Poder Constituyente, y se identifica con la doctrina del pacto social. En este sentido podemos afirmar que en España se trata de un derecho ya ejercido. En la medida en que los españoles ratificamos en 1977-78 el pacto social y decidimos seguir unidos en una misma estructura estatal, cabe sostener que, de una u otra suerte, el 6 de diciembre de 1978, el Pueblo español ejerció el derecho de autodeterminación mediante la aprobación en referéndum de la Constitución vigente como gran pacto para la convivencia democrática.

Cabe incluso defender, como hemos expuesto, que ese ejercicio del derecho de autodeterminación se confirmó nuevamente en aquellas Comunidades Autónomas que plebiscitaron su Estatuto de Autonomía. En ese sentido los vascos que como parte integrante del Pueblo español ya se habían autodeterminado, ejercieron de nuevo ese derecho como pueblo de la Comunidad Autónoma cuando el 25 de octubre de 1979 votaron afirmativamente el Estatuto, como gran pacto para la convivencia entre todos los vascos, en acertada expresión de Javier CORCUERA.

Así las cosas, el derecho de autodeterminación, entendido como *ius secessionis* de una fracción del pueblo español, fue expresamente rechazado en sede constituyente y por ello resulta inadmisible pretender fundamentar su ejercicio en el Texto Constitucional. Ni como derecho internacional, ni como derecho humano, ni como derecho histórico, puede pretender deducirse de la Constitución de 1978 lo que el Constituyente expresamente rechazó.

Ahora bien esto no debe interpretarse en el sentido de que se niegue la legitimidad ideológica y política de aquellas propuestas tendentes a reconocer el *ius secessionis.* Lo que en esta Ponencia he rechazado rotundamente es únicamente la forma en que tal objetivo se pretende alcanzar (mediante violaciones flagrantes de la Constitución vigente al amparo de mutaciones, relecturas o reformas inconstitucionales). Porque está claro que desde un punto de vista democrático debemos tener presente

11177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 205



las observaciones de ROUSSEAU sobre la posibilidad de sustituir un pacto social por otro, aunque eso sí, debiendo observar los mismos requisitos y formalidades que se exigieron para la celebración del primero:

«Va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerlas» [70].

ROUSSEAU se refería así no sólo a la posibilidad de realizar cambios en la Constitución, sino también cambios de Constitución. Efectivamente, todo pueblo conserva el derecho imprescriptible de variar el pacto social, y con ello de dotarse de una nueva Constitución. Por ello, y como bien advierte el profesor RUIPÉREZ, a los que, por asumir la ideología de la nación aspiran a la disolución del pacto social de 1997-78, hay que reconocerles siempre el derecho a solicitar la apertura de un nuevo proceso constituyente, lo que, llegado el caso, no podría hacerse de forma unilateral, sino que debería ser aceptado por la mayoría del cuerpo electoral de España como conjunto unitario[71].

Porque fue el pueblo español en su conjunto el que aprobó la vigente Constitución habrá de ser también el pueblo español en su conjunto y no una fracción minoritaria de este el que deba decidir el cambio de aquella por otra. Por tanto, lo que deben hacer los nacionalistas vascos es convencer al resto de los españoles de que su alternativa es la mejor y más provechosa para todos. Y porque fue el pueblo vasco en su conjunto el que aprobó el Estatuto de Autonomía, como gran pacto para la convivencia entre los vascos, los nacionalistas soberanistas habrán de comenzar por convencer al resto de los vascos no nacionalistas e incluso a muchos nacionalistas, de la conveniencia de destruir también el pacto estatutario.

En definitiva, lo que en esta Ponencia he intentado demostrar, con mayor o menor fortuna, es que, a pesar de que los ideológos del nacionalismo soberanista lo nieguen, el pacto social se verificó en España. Ahora bien dicho pacto no tiene por qué ser eterno. Es más, por su propia naturaleza histórica, está destinado, necesariamente, a tener un final.

Como nos advertía el insigne historiador y jurista, TOMÁS Y VALIENTE: «España es una realidad histórica, un producto de la historia, construida por los hombres que sucesivamente han vivido en su actual territorio» [72]. Y precisamente porque se trata de una realidad histórica, España, de la misma forma que tuvo un origen (1516), inexorablemente, tendrá un final. Ahora bien, lo que desde la más elemental lógica jurídica y política democrática no puede ser aceptado es que ese final sea decretado unilateralmente por una minoría.

---

[70] ROUSSEAU, J.J.: «Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma» (1775).

[71] RUIPEREZ, J.: *Encuesta...*, ob. cit. Pág. 118.

[72] TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Raíces y paradojas de una conciencia colectiva» en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional,* Madrid, 1993. Pág. 193.

II177-206-Estado autonómico41 14/10/05 15:56 Página 206

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 207

# LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 208

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 209

# LA REFORMA ESTATUTARIA VASCA

**Miguel Ángel García Herrera**
*Catedrático de Derecho Constitucional*
*Universidad del País Vasco*

## I. EL CONTEXTO COYUNTURAL Y ESTRUCTURAL DEL ESTATUTO POLÍTICO DE LA COMUNIDAD DE EUSKADI

En cuanto hecho histórico, la elaboración y presentación del denominado Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (EPCE) responde un elevado número de factores de distinto alcance e importancia. Mientras unos presentan un cariz coyuntural, son una respuesta inmediata a los acontecimientos recientes y tienen una elevada carga política porque se insertan en la dinámica de la lucha entre grupos políticos y sociales por el poder, otros tienen un componente estructural porque se relacionan con contenidos sustantivos referidos a la interpretación histórica, a la comprensión teórica de los fenómenos sociales y políticos y la identificación de las características de un período histórico. Todos ellos convergen para dotar de sentido al hecho histórico concreto en el que se entrecruzan e interactúan aspectos tan heterogéneos.

En esta ocasión nos limitamos a reflejar de una forma sumaria algunos de los elementos que antes hemos enunciado genéricamente. Tan sólo se trata de definir un escenario general que haga comprensible la propuesta aprobada por el Parlamento vasco y aportar unos elementos de juicio que permitan valorar su alcance.

Dentro del apartado de los elementos denominados coyunturales deseo referirme a los aspectos más llamativos que han caracterizado la vida política vasca durante la etapa democrática inaugurada con la Constitución de 1978. Debemos inicialmente referirnos a la persistencia del terrorismo político que al aplicarse brutalmente contra colectivos seleccionados ha distorsionado la vida política e institucional y la convivencia social. Al convertir en objetivo de su acción criminal a los representantes políticos de algunos partidos y excluir de sus atentados a los de otros partidos, el terrorismo consiguió crear unas condiciones en las que la defensa de algunas ideas contrarias al proyecto político nacionalista llevaba consigo un riesgo para la vida que amenazaba a los exponentes de ciertas formaciones políticas, conseguía que la sociedad vasca interiorizara el miedo y trasladaba el mensaje de la impotencia del Estado ante ETA que se presentaba como invencible y capaz de su continua reproducción. Sin embargo, el acto criminal perpetrado contra el concejal del PP en el pueblo de Ermúa Miguel Ángel BLANCO, provocó una reacción popular sin precedentes que se tradujo en manifestaciones de miles de personas contra el

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 210



asesinato como arma política y contra ETA. Esta reacción indignada fue mal digerida por el nacionalismo gobernante que temió ser desalojado del poder. Como reacción frente a estos acontecimientos, se embarcó en una deriva encaminada a imponer un proyecto político que asegurara que la dirección política del País Vasco continuaría en manos nacionalistas. Su plasmación se produjo en los Pactos de Lizarra como expresión de la unidad nacionalista que se imponía al conjunto de la sociedad vasca. Además de la quiebra del consenso estatutario, lo más grave era el pacto político con quienes defendían la actividad terrorista contra los partidos no nacionalistas. El fracaso electoral de dichos acuerdos motivó un nuevo viraje que se traduce en la propuesta unilateral de inequívoco sesgo nacionalista en la que, prescindiendo del lastre que suponía su anterior alianza con los que apoyaban el terrorismo, se aspiraba a establecer una relación directa entre instituciones y sociedad prescindiendo de los partidos. En este proceso se inscribe el denominado Plan Ibarretxe: una propuesta para conservar el poder nacionalista por medio de un proyecto nacionalista ante el temor de que el desgaste de la gestión desemboque en la alternancia política.

En el bloque de los componentes estructurales deseo referirme a algunos aspectos relevantes. Un factor importante es la posibilidad abierta por la globalización. En la forma de Estado social, a pesar de la importancia del comercio internacional, los poderes públicos estatales disponían autónomamente de su espacio económico debido al marco de estabilidad propiciado por los acuerdo de *Brenton Woods* y la disposición de las magnitudes macroeconómicas financieras, monetarias y económicas. Esta situación es desbordada por la superación del sistema monetario internacional, por la crisis de los Estados sociales, por la autonomía del capital y por la transformación de las condiciones de reproducción económica y social. Si el requisito principal es la competetitividad en un mercado mundial, el problema es disponer de las condiciones económicas y sociales que permitan disputar la preferencia de los consumidores en el gran zoco internacional. El tamaño de los Estados pierde su importancia en beneficio de aspectos cualitativos. Lo decisivo es la capacidad de ser competitivos en un mundo comercial abierto, y ello puede ser conseguido por unidades políticas pequeñas que sepan encontrar su espacio en el proceso globalizador.

Otro aspecto viene inducido por la influencia que ejercen diversas aportaciones teóricas y jurídicas, ya sean el principio de las nacionalidades, el federalismo asimétrico o los hechos diferenciales, que revisan las relaciones de poder en el seno de los Estado. Aunque dicho enunciados no se identifican y se refieren a problemas y niveles diferenciados de la estructura jurídico-política del poder del Estado, todos ellos persiguen el mismo objetivo: la transformación de las peculiaridades culturales e históricas en poder político, ya sea estatal o cuasiestatal.

La teoría de los hechos diferenciales persigue establecer regímenes diferenciados que tengan en cuenta las diversas realidades del Estado espa-

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 211



ñol basándose en los datos ofrecidos por el ordenamiento jurídico. La lectura de los textos jurídicos proporciona una cuadro complejo con elementos normativos de diversa índole que expresan la traducción de los datos históricos, jurídicos, culturales, lingüísticos de algunas nacionalidades y regiones que explicitan la supervivencia de señas de identidad que ha sobrevivido y resistido a los intentos de homogeneidad. Para su toma en consideración esta diferencia tiene que ser constitucionalmente relevante. No basta la mera diferencia sino aquélla que tenga reflejo constitucional. La dificultad en el fondo reside en cuáles son las consecuencias que se extraen de la admisión de la diferencia, una vez que ésta está tan asumida que incluso ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico y se ha puesto de relieve lo infundado de la crítica contra las pretensiones de uniformidad, puesto que se topa con el obstáculo de una regulación jurídica que garantiza y ampara la diversidad. El problema consiste en las consecuencias que se deducen de una diversidad que se pretende profundizar y aplicar a otros ámbitos que carecen de cobertura jurídica.

El federalismo asimétrico persigue la aplicación de valores de las democracias liberales (pluralismo, tolerancia, elecciones, mercado, legalidad) a aquellos Estados con una diversidad plurinacional en su seno. En un contexto de interdependencia se sberanía innecesarios en un escupera los conceptos abstractos de soenario transnacional para insistir en las formas de organización de la heterogeneidad en el interior del Estado. Para ello se propugnan una serie de medidas de índole simbólico-lingüístico, administrativo-institucional y competencial que llevan consigo una profunda transferencia de poder a favor de las realidades nacional.

En el principio de las nacionalidades conviven la idea central de la nación como concepto capital de la construcción de los Estados, la homogeneidad nacional y cultural de los Estados y la vinculación entre nación y Estado. En coherencia con este principio se reclama la titularidad del derecho de autodeterminación, que permite definir unilateralmente las relaciones políticas con el Estado en el que está integrada la comunidad nacional.

La recuperación del principio de las nacionalidades se produce con la proclamación de la idea de nación dotada de una identidad específica que deriva de su voluntad política, historia, peculiaridades culturales y lingüísticas. Su inevitable traducción será la reclamación de un poder político que posibilite la supervivencia de dicha realidad histórica y originaria expresada en la voluntad política de dotarse de un gobierno propio que les permita, en su terminología, controlar su futuro y destino.

Y todo ello se produce a pesar del oscurecimiento del principio de las nacionalidades en la Europa surgida tras la experiencia dramática de la Segunda Guerra Mundial. El fracaso de su aplicación en el período de entreguerras impulsó su profunda modificación. Los nuevos criterios adoptados consistían en la integridad y respeto de los derechos fundamentales y en la protección de las minorías y de sus peculiaridades culturales, a los que se añade posteriormente el reconocimiento de autonomía territorial.

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 212



Nada que ver en consecuencia con la versión radical recuperada que ha vuelto a mostrar su faz perversa en los conflictos étnicos que ha asolado el este europeo en los años finales del siglo XX que han vuelto a evidenciar el peligro intrínseco de determinadas concepciones doctrinales que insisten en enfrentar pueblo y culturas, en crear fronteras y propiciar aislamientos contrarios al sentido de los tiempos que abogan por la convivencia y la multiculturalidad.

El componente genuinamente vasco viene recogido en la teoría de los derechos históricos y en su conexión derivada con el derecho de autodeterminación. Las provincias vascas en el Estado español mantuvieron un régimen específico durante siglos. Inicialmente consistió en el denominado régimen foral y posteriormente, tras su desaparición después de la segunda guerra carlista y del fracaso de los intentos de revisión y adecuación al régimen constitucional, se tradujo finalmente en un régimen fiscal, tributario y de organización local que preservó un tratamiento jurídico-político diferenciado, pero dentro, como siempre, de una incuestionada integración en el Estado español.

Sin embargo, para el nacionalismo vasco la expresión «derechos históricos» no es una síntesis de las características de la regulación de los poderes públicos ejercidos por las autoridades vascas, sino un principio metaconstitucional que se desliga de toda referencia a competencias, potestades, materias, funciones y facultades para expresar un componente sustancial que se resiste a ser reducido a regulación competencial. Antes bien, en cuanto evoca un principio preconstitucional enlaza con una reconstrucción del pasado en la que emergen las ideas de cosoberanía y bilaterialidad. Estaríamos, pues, ante el descubrimiento de un principio general, de una traducción histórica y de las consecuencias que se derivan de su actualización y aplicación a nuestra realidad.

Los derechos históricos que fueron la justificación ideológica para propiciar la abstención en el referéndum constitucional de 1978, son ahora la base constitucional para proponer una nueva articulación de las relaciones entre el Estado y la comunidad vasca. Este fundamento normativo se concreta en la capacidad de decisión y propuesta de una forma concreta de integración en el Estado. Abogan porque se respete la idea de un equilibrio de poder que debe regir la forma de vinculación y las relaciones entre las comunidades políticas española y vasca.

Estamos, pues, en condiciones de enlazar los diversos componentes. Las posibilidades abiertas por la globalización para la existencia de pequeños Estados conectan con la reconstrucción ideológica del pasado político de las provincias vascas para extraer de él el enunciado de un principio jurídico de los derechos históricos que pretenden actualizar una situación histórica caracterizada por la cosoberanía y bilaterialidad. Al partir de la idea de pueblo vasco como nación, se procede al renacimiento del principio de nacionalidades que no conecta con la independencia o secesión, al menos de momento, sino con el derecho de autodeterminación

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 213



entendido como decisión democrática del pueblo sobre su destino y que se llena de contenido con las propuestas de ordenación territorial del poder del federalismo asimétrico, obviamente enriquecido con los elementos ideológicos, jurídicos y políticos de la tradición vasca.

## II. EL ESTATUTO POLÍTICO DE LA COMUNIDAD DE EUSKADI Y LA CONSTITUCIÓN

El texto elaborado por el Gobierno Ibarretxe, como explicita en su Preámbulo, se asienta en la afirmación del pueblo vasco como pueblo con identidad propia que, en cuanto tal, tiene derecho a decidir su futuro de acuerdo con el derecho de autodeterminación reconocido internacionalmente. Esta declaración jurídica, sobre la que volveremos más tarde, fundamenta la pretensión de formalizar un nuevo pacto político de convivencia que se concreta en un nuevo modelo de relación con el Estado español que se basa en la libre asociación compatible con un Estado compuesto plurinacional y asimétrico.

Este articulado inicialmente avalado por el Gobierno fue posteriormente aprobado por el Parlamento en una rocambolesca votación en la que los parlamentarios de EH votaron simultáneamente a favor y en contra. En todo caso, una propuesta de radical inspiración nacionalista, presentada para ser negociada, no solo no alteró los contenidos nacionalistas sino que durante la tramitación parlamentaria acentuó todavía más un sesgo en el que solo podía, como hipótesis, reconocerse quienes se identificaran con la realización maximalista del ideario nacionalista, que prescinde de la mitad de la población que vota los partidos constitucionalistas y que tampoco coincide con la totalidad del electorado nacionalista, que es plural en su composición y responde a lo que se ha dado en denominar las dos almas del nacionalismo.

Para evidenciar este endurecimiento de contenidos distinguimos las dos fases de la elaboración y resaltamos los conflictos entre la Constitución y el EPCE.

### II.1. LA PROPUESTA DEL GOBIERNO VASCO

Veamos, en primer lugar, la afectación de la Constitución por el EPCE en el Título Preliminar. El Estatuto Político vulnera la Constitución al regular los elementos, símbolos y factores de integración de la denominada Comunidad de Euskadi. En lo que se refiere al poder, se asienta en la autodeterminación y en una decisión libre y democrática que cuestiona la soberanía que reside en el pueblo español. En cuanto al territorio, no solo no respeta exigencias formales sino que pretende establecer relaciones con otros ámbitos institucionales en términos no acordes con la Constitución. Respecto al elemento personal, se reserva la regulación sobre la nacionalidad vasca y la diáspora y prevé la futura aprobación de una Carta de

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 214



Derechos y Deberes Civiles y Políticos, y específicamente de la representación y participación en la vida política, económica y social, que desconoce las atribuciones del Estado. Por último, tanto los símbolos como la lengua obvian las previsiones de los artículos 3.2 y 4.2 CE.

El Título I del EPCE establece las relaciones políticas, basadas en el respeto y reconocimiento mutuo, con el Estado español y sus garantías. El principio general es el de la libre asociación. En su virtud, la Comunidad de Euskadi puede convocar consultas democráticas tanto sobre sus asuntos internos, como sobre las relaciones con el resto de los ámbitos territoriales e institucionales existentes.

Como no se renuncia a los derechos históricos, cabe la actualización por medio de un procedimiento que, en el supuesto de que no se alcance el acuerdo con el Estado, pivota, en última instancia, sobre un referéndum de ratificación de la propuesta del Parlamento Vasco. Después se debe iniciar un nuevo proceso de negociación con el Estado para incorporar la voluntad democrática de la sociedad vasca al ordenamiento jurídico.

El funcionamiento del sistema de relación se basa en una Comisión Bilateral y un Tribunal de Conflictos, así como en la inaplicación en Euskadi del artículo 155 CE. Se intenta establecer un sistema de paridad de forma que la producción normativa del Estado y las relaciones exteriores se basen en la cooperación intergubernamental y la armonización. Como garantía jurídica se dispone que los conflictos jurídicos se solventen en una Sala Especial del Tribunal Constitucional, de composición paritaria, se establezca el procedimiento de conflicto de competencias negativas, se revise la afectación de las Sentencias en los procesos ajenos, y se preserve el equilibrio por medio de la inaplicación del artículo 161.2 CE.

Es obvia la discrepancia con numerosos preceptos de la misma Constitución puesto que se ponen en cuestión principios cardinales recogidos en los artículos 1 y 2, se incide en la regulación de órganos constitucionales y de competencias, y se dispone un funcionamiento del Estado basado en una bilateralidad que reclama el permanente acuerdo con la Comunidad de Euskadi.

Los poderes en la Comunidad de Euskadi son regulados en el Título II. La discordancia con la Constitución se produce en la autoatribución de la regulación de la iniciativa popular y, sobre todo, en la normativa sobre el Poder Judicial. El único poder del Estado reconocido con tal carácter es sometido a una profunda transformación. Disminuyen las competencias del Tribunal Supremo en beneficio del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi y se contempla un Consejo Judicial Vasco. Se procede a una descentralización del único poder del Estado que mantenía una concepción unitaria y se afecta al Título VI CE.

El Título IV contiene la regulación del ejercicio del poder público en la Comunidad de Euskadi. Los artículos 37 a 52 enuncian los principios del ejercicio del autogobierno y la distribución de competencias entre el Estado

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 215



y la Comunidad de Euskadi. Se desecha el criterio constitucional de la materia (arts. 148 y 149) y se prefiere el criterio de las políticas públicas que son, en virtud del art 42 del EPCE, el conjunto de materias competenciales y actividades administrativas sobre las que las autoridades administrativas ejercen las potestades legislativas y de ejecución. Establecido el referente normativo de distribución de poder, se procede a determinar las competencias exclusivas del Estado y de la Comunidad de Euskadi, diferenciadas, a su vez, éstas últimas en políticas exclusivas de régimen general y de régimen especifico.

Importa en esta fase del desarrollo subrayar sobre todo el aspecto metodológico de la distinción para enfatizar la inconstitucionalidad de la propuesta. En coherencia con el esquema expuesto con anterioridad, se procede a establecer un régimen excepcional para Euskadi que se traduce en una particular configuración del Estado en el ámbito territorial vasco: la asimetría antes consagrada se agudiza con el establecimiento de un régimen general singularizado que afecta al ejercicio del poder. Pero lo particular es la inversión profunda de la jerarquía de fuentes. El modelo lógico y jurídico que reserva a la Constitución la determinación del poder del Estado es sustituido por esta propuesta, que determina en una Ley Orgánica cuál es el alcance del poder del Estado.

Al margen de lo que dice la Constitución, el EPCE fija las competencias exclusivas del Estado. Asimismo la cláusula de reserva juega a favor de la Comunidad de Euskadi (artículo 43.1). Es suficiente, pues, esta doble consideración: la traslación al EPCE de la determinación del poder del Estado y la cláusula de reserva a favor de la Comunidad de Euskadi son la enésima confirmación de la afectación de la Constitución por el texto propuesto.

La regulación de las potestades económicas, financieras, fiscales, tributarias y patrimoniales se formula en sintonía con el discurso expuesto anteriormente. Como es conocido, en este ámbito la Comunidad Autónoma del País Vasco goza de un régimen privilegiado que deriva de particulares relaciones históricas. Pues bien, esa autonomía se acentúa por medio de la determinación de las competencias del Estado en el EPCE, por la superación de las previsiones y por la desaparición de los límites establecidos en la Constitución. Ejemplar en este sentido es el artículo 55.2 que dispone que el Estado, en el ámbito de la Comunidad de Euskadi, ajustará el ejercicio de las facultades y competencias que le atribuye la Constitución a lo dispuesto en el presente Estatuto. El EPCE establece una excepción de la vigencia de la Constitución y reforma su texto por medio de una Ley Orgánica, en contra del principio de jerarquía del ordenamiento jurídico.

El Título VI se ocupa de la relación política con el ámbito europeo e internacional. La pretensión del EPCE se bifurca en una doble dirección interna y externa. En primer lugar, hay que referirse a las competencias vascas: mientras que en el contexto europeo persigue la representación directa e impone al Estado la obligación de facilitar su presencia en las instituciones europeas, respecto a la representación externa la Comunidad de Euskadi se re-

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 216



serva la posibilidad de suscribir acuerdos, convenios y protocolos con instituciones y organismos internacionales, así como presencia directa en aquellos organismos internacionales cuya regulación lo permita.

En segundo lugar, contempla un relevante protagonismo del los poderes vascos en la competencia internacional del Estado, que se traduce en una autorización previa o en la participación, según que los tratados o convenios internacionales afecten a las competencias exclusivas vascas o a materias de interés específico para la Comunidad de Euskadi. Se cuestiona la Constitución en numerosos aspectos: la manifestación del consentimiento del Estado, la competencia exclusiva en materia internacional o la forma jurídica de la voluntad del Estado en el área internacional.

Esta exposición no exhaustiva sino indicativa del conflicto entre la Constitución y el EPCE, sirve de confirmación de la tesis antes expuesta. No estamos ante una reforma del Estatuto sino ante una revisión explícita de la Constitución presentada como una modificación, al amparo del artículo 46, de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Esta manipulación de las formas jurídica convierte al procedimiento en un aspecto particularmente relevante y prueba de toque del carácter democrático del proyecto elaborado.

### II.2. LA PROPUESTA DEL PARLAMENTO VASCO

Veamos a continuación los resultados del debate parlamentario. Durante la tramitación parlamentaria la minoría mayoritaria nacionalista desatendió la propuesta de Izquierda Unida del federalismo de libre adhesión, reforzó el componente nacionalista y acentuó el conflicto con la Constitución.

Destacamos, a continuación, los pasajes más significativos incluidos en el articulado aprobado por mayoría absoluta en el Parlamento vasco. En gran medida las incorporaciones de novedades respondían a la reacción de los parlamentarios nacionalistas a los debates que se desarrollaban sobre la cuestión autonómica. Cualquier sugerencia aprovechable era incorporada, en ocasiones en su versión maximalista. De esta forma se entienden modificaciones introducidas sobre temas muy sensibles sobre los que era esperable una posición firme y consolidada y que, sin embargo, se modifica unos meses más tarde. Como veremos es significativo que en la redacción primitiva se acepte la definición de nacionalidad, que es sustituida por el término nación: ¿tan poca claridad o convicción de ideas había sobre un tema tan sustancial? La explicación reside en las formulaciones catalanas y en el debate sobre la posible aceptación de término comunidad nacional. E igual suceda con la lengua que refleja la pretensión de su proyección en las instancias comunitarias.

En el Título Preliminar se asume la definición del pueblo vasco como nación, pero atempera la libre asociación al Estado con la referencia a un marco de libre solidaridad con los pueblos que lo componen.

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 217



A pesar de que el inicial reconocimiento de la territorialidad del pueblo vasco, que abarcaba a la Comunidad Autónoma vasca, a la Comunidad foral Navarra y a los territorios vascos de Iparralde, se reconducía finalmente a los territorios de las provincias vascas, el artículo 2 vuelve a mencionar el marco territorial amplio por medio del reconocimiento del derecho a los territorios vascos a vincularse entre sí en virtud de las voluntades de sus ciudadanos. Asimismo, respecto a la posible integración de los enclaves de TREVIÑO y VILLAVERDE DE TRUCÍOS, aplica, ante un posible rechazo de las Cortes Generales, la negociación obligada por medio de una Comisión Mixta que deberá resolver en el plazo de seis meses. La composición de dicha Comisión significa la exclusión de las instituciones representativas de la Comunidad Autónoma en la que están integradas dichos enclaves puesto que le negociación se desenvuelve exclusivamente entre los Parlamentos español y vasco.

Esta recuperación de la integridad territorial se traduce en un reforzamiento de las relaciones con los territorios de Iparralde que desborda los límites de las regiones trasnfronterizas europeas, que tienen un fundamento internacional y una promoción comunitaria, para contemplar la creación de órganos de colaboración con el resto de territorios vascos para atender a las necesidades comunes de Euskal Herria.

En el ámbito lingüístico, además de establecer como consecuencia de la no discriminación el respeto de los derechos lingüísticos, impone al Estado español el respeto, el fomento y protección en todos los ámbitos institucionales, así como en la Unión Europea y foros internacionales.

Respecto al ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, además de expresiones incomprensibles y de incorporar referencias constitucionales de la tradición de la forma de Estado y por ello en este contexto con un inevitable trasfondo retórico («remover los obstáculos»), destaca la supresión del anterior apartado f del articulo 11 («Garantizarán el respeto a los derechos de las minorías existentes en su seno»). La referencia a las minorías era susceptible de ser interpretado de muchas formas al referirse a cuestiones culturales, religiosas, etc., y significaba el reconocimiento de una heterogeneidad interna que suele casar mal con las habituales proclamaciones nacionalistas de homogeneidad. Pero también incorporaba el riesgo de la constitución de una «minoría española» en su seno y las consiguientes reclamaciones de protección lingüística y cultural. Ante esta posibilidad era mejor eliminar toda referencia a las minorías, en negativo, y afirmar la unidad del pueblo vasco sin matices, en positivo. Esta opción, sobre la que volveremos más adelante, supone, en el fondo, proclamar hacia el exterior la plurinacionalidad del Estado español y negar la diversidad nacional en el interior.

La relación política con el Estado español también es objeto de modificaciones de calado. La libre asociación ya no se basa sólo, como antes, en el respeto y actualización de los derechos históricos, sino que también es expresión del libre ejercicio de su derecho de autodeterminación. A pesar de la distinta tradición cultural, política y jurídica se procede a su interrelación

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 218



por simple acumulación, desentendiéndose de la matriz de ambos contenidos que, a su vez, conviven con el derecho a decidir del art. 13 EPCE.

Pero sobre todo es significativo el régimen jurídico de la aprobación de la consulta sobre el modelo y régimen de relación política con el Estado español. A pesar de la continua referencia al modelo de Québec, las exigencias requeridas por el Tribunal Supremo canadiense sobre las mayorías suficientes, aquí se limita exclusivamente a establecer la mayoría absoluta de los votos declarados válidos, lo que puede traducirse en resultados irrisorios para una votación de tanta trascendencia. De esta forma aplica la misma exigencia cuantitativa a todo tipo de consulta ya sea la alteración íntegra o sustancial del modelo o régimen de relación con el Estado español, ya sea la simple modificación y actualización del Estatuto político.

La capacidad de decisión unilateral recogida en la redacción original, que se traduce en última instancia y a falta de negociación y acuerdo en la incorporación de la voluntad democrática de la sociedad vasca al ordenamiento jurídico, queda reforzada por la desaparición de cualquier instrumento de defensa del Estado. Si antes se mencionaba el artículo 155 CE, ahora se establece la renuncia en todo caso al establecimiento o ejercicio legal de medidas coercitivas de obligado cumplimiento

Respecto a los poderes en la Comunidad de Euskadi se incorporan, dentro de la parquedad e insuficiencia de su regulación jurídica, la disolución del Parlamento, el reforzamiento de las prerrogativas parlamentarias, la sorprendente atribución del derecho de gracia al Gobierno vasco y la previsión de una ley del Jurado para la participación de la ciudadanía vasca en la Administración de Justicia.

Especial relieve tiene la modificación del art. 45.3 EPCE. Este precepto en la primera redacción recogía las políticas públicas atribuidas al Estado en el ámbito de la Comunidad de Euskadi. Su primer párrafo enunciaba las políticas públicas en las que el Estado gozaba de la exclusividad legislativa y ejecutiva. A su vez, el segundo apartado reservaba dictar al Estado la legislación común en ciertos ámbitos, sin perjuicio de su ulterior desarrollo y adaptación al derecho sustantivo vasco y de su ejecución. Se enunciaban materias imprescindibles en un espacio estatal: legislación penal, penitenciaria, penal, mercantil, bases de contratos y concesiones administrativas, civil, propiedad intelectual, pesos y medidas, contraste de metales y determinación de la hora oficial.

Los proponentes de la nueva redacción del art. 45.2 han pretendido presentarla como la demostración de la aceptación del ideario federal. En este sentido se reservaría al Estado dictar la legislación común de los derechos fundamentales. El conjunto de los ciudadanos españoles serían titulares de los derechos constitucionales cuyo contenido esencial estaría salvaguardado en el seno del Estado. Se habría incorporado una redacción que evocaría de alguna forma la competencia estatal del art. 149.1.1 CE que contempla las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles.

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 219



Sin embargo, no puede ser más desafortunada la redacción por dos motivos: en primer lugar, porque no se alude a la garantía del contenido esencial sino a la garantía de la defensa, con lo que se reconduce a la tutela jurídica. Quizás se quiso expresar otra idea, pero la redacción literal queda alejada de la supuesta intención de los promotores de la modificación del apartado. En segundo lugar, porque al mantener inalterado el resto del artículo, convierten el párrafo antes referido en un enunciado general que encuentra su concreción en las sucesivas letras que precisan el alcance del artículo. Esta conexión («De acuerdo con ello, corresponderá al Estado») era meridiana en el primitivo texto, pero al conservarse a pesar de la innovación antes expuesta, parece indicar la relación entre un enunciado general y su concreción, que no tiene la vinculación precisa existente en el primer texto y que está alejada en su plasmación literal del proyecto federal. En todo caso se altera la lógica inicial y se complica la comprensión, más aún si lo intentamos compatibilizar con el art. 11 en el que los poderes vascos se reservan el desarrollo del ejercicio *(sic)* de los derechos y deberes fundamentales, o las competencias de desarrollo de derechos fundamentales concretos establecidas en los arts. 11.2 y 47 EPCE.

La creación de un espacio autonómico socio-económico justifica la proliferación de declaraciones de principios, fines y valores que conviven heteróclitamente sin articular fórmulas de integración entre ellos. La tentación irresistible de multiplicar las declaraciones se evidencia en la alusión a un espacio social de bienestar basado en la solidaridad, cohesión y progreso social, cultural, económico y material que será el fundamento del desarrollo de un marco social y económico de progreso ético sustentado en valores de los que son novedad un espacio social basado en el respeto de la riqueza con equidad, el logro del pleno empleo, acceso a un empleo digno, la promoción de la tolerancia y los valores democráticos.

Por su parte, el Parlamento vasco establecerá una carta de servicios públicos entre los que estarán los establecidos en la Carta Europea de los Derechos Sociales y se determinarán sanciones por el incumplimiento de deberes que conlleven la falta de responsabilidad personal o insolidaridad con la comunidad.

Además de pequeños bailes sistemáticos de materias que son reubicadas en el seno de las diversas políticas públicas, tenemos que destacar la regulación del sistema financiero porque contempla como marco no el Estado sino la Unión Europea. Asimismo elimina las referencias a las competencias del Estado en materia de régimen aduanero y arancelario y del sistema monetario. Esta falta de referencia al marco estatal se reitera en la potestad tributaria puesto que las autoridades vascas sólo deberán respetar la normativa internacional firmada y ratificada y las normas de armonización fiscal de la Unión Europea.

El debate suscitado en Cataluña tiene su eco en el art. 66.2 en el que se contempla la posible creación de una eurorregión que integre los territo-

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 220



rios históricos de Euskal Herria y, en su caso, otras regiones próximas con las que se mantengan vínculos de diversa índole.

Como Disposición Adicional se rescata la fórmula ya prevista y reforzada en el vigente Estatuto de Autonomía: no hay renuncia a aquellos derechos que pudieran corresponder por la historia ni al ejercicio del derecho de libre determinación. Al parecer la previsión en la regulación del derecho a decidir no era suficiente y convenía recordar una vez más la posibilidad futura del ejercicio del derecho de libre determinación conectado a la voluntad democrática.

Por último, establece una regulación que repercute sobre el sistema de fuentes. Si antes el Estatuto era aprobado en virtud de ley orgánica, ahora la aprobación del nuevo Estatuto comporta la derogación de leyes y disposiciones que le contradigan y, por ello, obviamente, queda afectada la legislación orgánica del Estado sin necesidad de que el Estado proceda a su modificación o derogación. Asimismo, aunque el Estatuto político es publicado en los Boletines del Estado y del País Vasco, su vigencia comienza al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial Vasco.*

En síntesis, además de complicar técnicamente el nuevo texto, las modificaciones incorporadas suponen una intensificación de la deriva nacionalista y un reforzamiento de su separación y aislamiento del Estado.

## III. LEGALIDAD Y DEMOCRACIA EN EL ESTATUTO POLÍTICO DE LA COMUNIDAD DE EUSKADI

Expuesto en dos fases el contenido de la Propuesta de Estatuto Político, y verificado el contraste irresoluble con la Constitución de 1978, debemos proceder al análisis de las cuestiones más controvertidas: su naturaleza jurídica y su legitimidad democrática.

Como dispone la Disposición Final Primera, el futuro Estatuto Político sucede y sustituye al Estatuto de Autonomía de 1979. Se procede, pues, a una sustitución total del vigente por medio de la elaboración de un nuevo texto. Confirmación de esta tesis juídica que considera que el nuevo Estatuto Político es una operación reformadora es la pretendida sujeción al régimen establecido en al artículo 46 EAPV que establece las fases del procedimiento que ordenan el proceso de la reforma estatutaria. Cabe, pues, preguntarse si es admisible esta pretensión o si, por el contrario, se pueden realizar críticas jurídico–formales a la opción elegida por el Gobierno vasco.

El artículo 147 CE es el precepto relevante en esta materia puesto que nos define la naturaleza jurídica de los Estatutos, su contenido y su reforma. No resulta difícil establecer la relación entre el apartado segundo, que enmarca las competencias en el marco establecido en la Constitución, y el apartado tercero, que establece la imperatividad del procedimiento de reforma que se regule, y la aprobación final de las Cortes Generales por medio de ley orgánica. Se trata, por tanto, de poner brevemente de relieve el desbordamiento

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 221



por parte del EPCE de los límites jurídicos que le son consustanciales en el ordenamiento jurídico vigente y su incursión en el espacio constitucional.

El Acuerdo de Gobierno de 25 de octubre de 2003 decide aprobar la propuesta del EPCE y dar traslado de la misma al Parlamento Vasco, de acuerdo con el artículo 46.1 del EAPV. Pero esta cobertura jurídica es insostenible como pone de relieve un somero repaso de los contenidos más destacados del texto elaborado. Se produce un fraude de ley cuando se trata de presentar una apariencia de reforma estatutaria que encubre una profunda alteración de la Constitución y una afectación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Lo singular de esta iniciativa es la explícita voluntad de confrontarse radicalmente, en fondo y forma, en procedimiento y materia, con la Constitución vigente. La reforma es una posibilidad recogida en el mismo texto constitucional, pero como recuerda la STC 48/2003, la ausencia de límites a la revisión tiene como contrapartida que se realice de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Título X.

La vía adoptada vulnera la regulación constitucional de la reforma constitucional y estatutaria y, por tanto, desconoce las reglas de procedimiento del Estado democrático.

La vulneración de la regulación estatutaria se produce porque entra en contradicción con el artículo 46 del Estatuto. El procedimiento adoptado desborda la regulación estatutaria. Después de la aprobación del Parlamento vasco por mayoría absoluta, se somete a consideración de las Cortes Generales que aprueban la Ley Orgánica que reforma el Estatuto. Finalmente, es sometida a un referéndum convocado por el órgano competente, el Gobierno central, que puede, no obstante, delegar tal convocatoria en el Gobierno Vasco. Pues bien, en las sesiones parlamentarias de 22 de septiembre de 2002 y 26 de septiembre de 2003, el Presidente del Gobierno Vasco anunció que, hubiera o no acuerdo con las Cortes Generales, sometería a ratificación de la sociedad vasca la propuesta aprobada inicialmente por el Parlamento Autonómico.

Se produciría una doble afectación del ordenamiento autonómico: a) sin aprobación de las Cortes Generales no procede la consulta popular porque no se ha satisfecho la exigencia del artículo 46.1, c); b) en todo caso, el Presidente del Gobierno Vasco no es competente para convocar el referéndum ya sea porque no se ha seguido el procedimiento del artículo 46, ya sea porque no se ha producido la delegación prevista en el art-46.2 EAPV. Sobre esta cuestión conviene no olvidar la reciente reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, que modifica diversos artículos del Código Penal. El artículo 506 bis CP establece que «la autoridad que careciendo de competencia o atribución para ello convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en el Constitución, será castigado con la pena de presión de tres a cinco años e inhabilitación absolu-

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 222



ta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta». Es muy probable que el nuevo Parlamento con otra mayoría política derogue esta regulación.

La vulneración de la regulación de la reforma constitucional es más flagrante. Según el artículo 166 CE, la iniciativa corresponde, entre otros, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que podrán, en los términos del artículo 87.2 CE, solicitar al Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa. Por otra parte, según el Reglamento del Congreso, las proposiciones de ley que postularen la revisión total o la parcial de las materias enunciadas en el artículo 168.1 CE serán sometidas a un debate ante el Pleno, que se ajustará a las normas previstas para los de totalidad. Si votan a favor del principio de revisión las dos terceras partes de los miembros de la Cámara, el Presidente lo comunicará al Senado, y si la Cámara Alta alcanza la misma aceptación, dará traslado al Gobierno de los resultados de la votación para que el Rey sancione el Decreto de disolución de las Cortes Generales (artículo 147).

Se ha prescindido totalmente del procedimiento. No resulta difícil avanzar la hipótesis de una interpretación que explique la renuncia a emprender la reforma constitucional y limitarse exclusivamente a la reforma estatutaria: según los partidos nacionalistas, la Constitución fue rechazada por los vascos, pero sí se aceptó el Estatuto, único texto con el que se establecen relaciones jurídicopolíticas. Aquí, únicamente, nos limitamos a subrayar la vulneración del procedimiento establecido y las repercusiones negativas que se derivan para la valoración del EPCE.

En segundo lugar, se produce una afectación material en el doble nivel estatutario y constitucional. En el nivel estatutario porque se desborda el contenido jurídico del Estatuto (arts. 147.3 y 152.2 CE). Una reforma comporta desenvolverse en el marco general de los principios del texto reformable y del respeto a los límites competenciales establecidos en la Norma Fundamental del Ordenamiento Jurídico, base de la validez de la regulación estatutaria. Se desconoce el artículo 46 EAPV cuando se ignora que el fundamento de dicho precepto está integrado en un ordenamiento jurídico que contiene límites materiales a la reforma, los cuales, según nuestra interpretación, son completamente superados.

Pero, y sobre todo, hay una vulneración de la normativa constitucional porque se pretende, como ya hemos reiterado, una reforma constitucional tramitada como reforma estatutaria, intentando que su aprobación trastoque los contenidos de la Constitución por medio de un régimen excepcional del poder del Estado en el ámbito territorial vasco e, incluso, con una incidencia en el ordenamiento comunitario. El problema no es constatar esta contradicción sino considerar que es una iniciativa de imposible resultado. Si para aceptar el EPCE se requiere una previa reforma constitucional, pero de partida se renuncia a realizarla, la integración del

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 223



EPCE en el ordenamiento jurídico español es absolutamente inviable. Lo singular de este proceso es que emprende una vía que se sabe condenada al fracaso sin paliativos.

La radical afectación perpetrada a la Constitución por el EPCE imposibilita interpretarla como una simple reforma estatutaria. El contraste entre ambos texto hace evidente la imposibilidad de su conciliación. No solo no se puede entender como una reforma estatutaria, porque se presenta una redacción de nueva planta de los poderes autonómicos e incluso de su relación con el Estado. Tampoco es simplemente una reforma constitucional porque no se limita a la modificación o alteración de algunos artículos. Ni siquiera una revisión total porque se contrapone decisivamente a algunos principios capitales de la Constitución española.

Dos aspectos resultan particularmente llamativos para comprender la naturaleza del texto propuesto. En primer lugar, la pretensión de reducir territorialmente la aplicación de la Constitución. Hace tiempo que se formuló una interpretación que consideraba que en la Constitución española había dos Constituciones, una aplicable al País Vasco basada en la Disposición Adicional Primera que regula los derechos históricos, y otra aplicable al resto de España que se regiría integralmente por lo dispuesto en el articulado. Parece que ahora se procede a adecuar esta interpretación a las actuales circunstancias, pasando de la interpretación a la explicitación de la forma concreta de dicha doble Constitución, formulando la que corresponde a la Comunidad de Euskadi y desarrollando la forma de constreñimiento de la Constitución de 1978. Esta operación se realiza con dos previsiones: por una parte, con la aspiración a que algunos preceptos no se apliquen particularmente a Euskadi (p.e. el art. 155 CE que es mencionado en el texto del Gobierno vasco aunque se omite en el texto parlamentario; o el art. 145.1 que impide la creación de federaciones de Comunidades Autónomas); por otra parte, con la ordenación minuciosa del reparto de poder entre el Estado y la Comunidad de Euskadi de forma que el Estado es redefinido en lo que se refiere al territorio vasco gracias a la autoatribución de la mayor parte de las competencias exclusivas del art. 149.1 CE. El régimen constitucional de reparto de competencias establecido en la Constitución se mantiene inalterado para el resto del Estado pero es desbordado sin contemplaciones en el EPCE. Baste tan solo con comparar los artículos que determinan la distribución de las materias (arts. 45 EPCE y 149.1 CE) para comprobar la expoliación que sufre el Estado.

Por otra parte, hay que recordar otra vez los elementos teóricos que hemos expuesto con anterioridad. La intersección de las distintas fuentes de inspiración desemboca en la propuesta de una libre asociación como fórmula compatible con la recuperación del principio de las nacionalidades que se asienta en la proclamación del pueblo vasco como titular del derecho a decidir su futuro, unidad política diferente que decide ilimitadamente su destino político que, en esta oportunidad, se resuelve en su oferta al Estado de establecer un vínculo de libre asociación, sin renuncia a

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 224



los derechos históricos, sin merma alguna de la capacidad de replantear unilateralmente las relaciones. No en vano, cuando no consigue por medio de la negociación un acuerdo entre ambas partes, el refrendo de la sociedad vasca se presenta como un fundamento jurídico político suficiente para su aceptación. Los arts. 13 y 17 EPCE expresan que después del referéndum ya no se revisan los contenidos, sino que se negocia la aplicación, no el qué sino el cómo incorporar y materializar la voluntad democrática de la sociedad vasca.

En segundo lugar, todo ello es posible en virtud de la afirmación del pueblo vasco como sujeto político que propone unilateralmente y que, en última instancia, decide sobre su relación con el Estado. Como ya hemos dicho, no hay una declaración de independencia o una fórmula de secesión, pero si hay una proclamación de plena disponibilidad del destino político que la historia condiciona, la estructura social limita, la interrelación económica vincula. Esta reserva de poder se traduce en nuestro días en la opción favorable a la libre asociación que mantiene la unidad del Estado. Pero esta condescendencia no atenúa la radicalidad de la apuesta política del nacionalismo vasco.

El contraste con la Constitución y con la historia del Estado español es notable. El Estado de las Autonomías se basa en la unidad política, en la afirmación de la pueblo español que constituye su Estado como ejercicio de su soberanía. Dentro de dicho Estado se reconoce la pluralidad y diversidad de nacionalidades y regiones como realidades sociológicas y culturales a las que se también se les dota de una organización política en el marco de una Constitución que define los principios fundamentales, distribución de poder, límites y controles de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, contenidos todos ellos que luego son complementados en los Estatutos de Autonomía que son leyes del Estado sometidas a las prescripciones constitucionales. Precisamente la afirmación política exclusiva y excluyente del pueblo vasco sirve para trascender el concepto constitucional de autonomía como autogobierno en el marco de la Ley Fundamental para afirmar, por el contrario, que su decisión política no se inscribe en la Constitución sino que es permanentemente disponible sin más límites que los que en cada caso se acepte, y revisables de forma unilateral en cuanto se considere oportuno.

Abordada la cuestión formal, debemos afrontar el perfil sustancial de la democracia. Concluida negativamente la posibilidad de conciliar el EPCE y la Constitución, conviene detenerse en esta perspectiva que ha suscitado un complejo debate: el carácter democrático de la propuesta.

Ha habido diversas posiciones sobre esta cuestión. Desde la perspectiva nacionalista este tema se solventaba con el cumplimiento, en su opinión, de los trámites procedimentales. Al presentarse como una reforma, todo consistía en el respeto a las normas estatutarias, especialmente las mayorías de aprobación. Finalmente, la aprobación electoral en la consulta

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 225



prevista permitía presentar todo el proceso espectacularmente respetuoso de las exigencias democráticas.

No todos comparten este criterio. Los interrogantes que ha suscitado la propuesta se han planteado desde diversos prismas de observación. Desde el punto de vista institucional PÉREZ ROYO ha puesto reparos a que una propuesta rupturista sea impulsada por quien recibe su autoridad de la Constitución porque no debe usar su legitimidad democrática para proponer la salida del ordenamiento constitucional.

Una amplia enumeración de contenidos tildados como antidemocráticos es realizada por VÍRGALA FORURIA. Dentro de esta crítica incluye la imposición de los criterios de integración en Euskadi de los enclaves territoriales, la ausencia de una regulación de las relaciones jurídicas entre los poderes legislativo y ejecutivo propios de la forma de gobierno parlamentaria y de la designación y atribuciones del *lehendakari*, la delegación en la ley de la composición del Consejo Judicial Vasco, la confusa posición jurídica del ciudadano vasco debida a la distinción entre nacionalidad y ciudadanía que amenaza con establecer una separación entre nacionales vascos y el resto de ciudadanos españoles, la preocupación que suscita la regulación de derechos que puede desembocar en una restricción del pluralismo político y social.

Por su parte PÉREZ CALVO contrasta, desde una perspectiva histórica, la legitimidad nacionalista, basada en la concepción exclusivista de la nación vasca, y la legitimidad democrática, asentada en un pueblo compuesto por todos los ciudadanos y que se plasma en el Estatuto de Autonomía enmarcado en la Constitución de 1978. Esta contraposición no está exenta de consecuencias. La definición esencialista de la nación vasca conduce a incluir en el pueblo vasco a quienes a él son ajenos como los navarros o los ciudadanos del País Vasco francés y a concebir unas relaciones con Navarra carentes de lealtad y respeto y llenas de injustificables injerencias.

Por su parte, GUEVARA y ONAINDÍA también hacen un amplio inventario de contenidos que contrastan con el ideario democrático: la perversión democrática del reconocimiento de los derechos colectivos como anteriores a los derechos individuales, el desprecio a las formas establecidas, la ignorancia de los valores superiores y la división de la sociedad entre ciudadanos de primera y segunda que conlleva la ruptura de las bases de la convivencia.

Además de las críticas expuestas, es posible abordar el carácter democrático de la propuesta nacionalista desde otra perspectiva: el fundamento de las organizaciones políticas en la democracias contemporáneas. El EPCE se asienta en una contraposición entre mayoría y minoría que se puede solventar, en opinión de destacados líderes nacionalistas, por el triunfo conseguido por un voto. Cierto es que esta opinión convive con otras más contemporizadoras que aconsejan conseguir acuerdos transversales. En todo caso, durante estos meses la práctica política nacionalista ha consisti-

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 226



do en buscar e imponer el triunfo por mayoría, argumentando que la minoría no puede imponer su voluntad de bloqueo a la mayoría.

El concepto moderno de democracia no se adecua a este planteamiento de vencedores y vencidos. La dialéctica radical mayoría-minoría es sustituida por la aceptación de un núcleo básico que respetan identidades, intereses y expectativas, de acuerdo con su peso social y político. Es, pues, un modelo en el que las cuestiones centrales que integran la decisión política sustancial no son decididas ni impuestas unilateralmente por una mayoría basándose en su número, sino que se opta por coincidir y compartir un esquema general de ordenación de la reproducción social, susceptible de desarrollos diversos que corresponde impulsar a las mayorías políticas coyunturales.

Este modelo es profundamente democrático en todos sus aspectos: en la inspiración, en el origen, en el desarrollo, en la participación, en la consagración y en la plasmación. Y aspira a mantener dicho carácter durante las vicisitudes de su desarrollo, por medio de la defensa de sus contenidos sustanciales y de la preservación de su identidad. Para ello prevé un conjunto de procedimientos funcionales a la defensa y satisfacción de las exigencias de democracia presentes en el momento constituyente.

El consenso sobre la decisión política fundamental es el distintivo de la democracia y logro decisivo de la cultura política. Por su importancia no puede quedar al albur de las mayorías coyunturales. Se trata de preservar lo que con acierto se ha denominado «lo indecidible», aquello que por constituir la estructura fundamental de la convivencia no puede estar disponible y debe ser modificado por medio de una renovación del consenso primitivo.

Es claro, sin embargo, el desinterés respecto al acuerdo básico fundamental y la búsqueda de una confrontación que, en los términos expresados, es irresoluble.

Es palmaria la indiferencia hacia la consecución de dicho consenso desde el momento en que se prescinde radicalmente del procedimiento y se presenta un texto articulado que está inspirado en determinados principios, radicalmente cuestionados, que se desarrollan y pormenorizan. No busca el consenso porque altera el orden jurídico del debate y aprobación. Se antepone la sustitución del Estatuto por el EPCE a pesar de que es imprescindible la reforma previa de la Constitución. Sólo el cambio constitucional permite que la hipotética futura Ley Orgánica reguladora del nuevo Estatuto Político sea aprobada e incorporada al ordenamiento jurídico vigente.

Y no se persigue el consenso porque al fraude de ley que supone el intento de confusión entre reforma estatutaria y constitucional, entre revisión jurídica y propuesta constituyente, se añade la articulación detallada de la propuesta que, a pesar de las reiteras declaraciones sobre su ilimitable modificación, es de imposible aceptación tanto por razones materiales como formales. Por todo ello, tanto el rechazo a establecer un consenso democrático como decisión política fundamental compartida, como la

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 227



vulneración del procedimiento de reforma, repercuten fatalmente sobre el funcionamiento democrático del Estado.

## IV. CONCLUSIONES

La exposición del contenido y su claro contraste constitucional y el déficit democrático del EPCE fundamentan que no lo consideremos como una reforma estatutaria, porque, como hemos argumentado, desborda absolutamente los límites de la reforma, ni será una reforma estatutaria porque está condenada al fracaso. La redacción aprobada por mayoría absoluta del parlamento Vasco es inasumible por las Cortes Generales que se verán obligadas a rechazar la iniciativa proveniente del País Vasco.

No sólo resulta imposible de aceptar en su redacción actual, sino que estimamos que tampoco es válido como documento susceptible de ser reformado. Esta dificultad deriva de los vicios de origen, que se traducen en la falta de consenso democrático, y de la radical contraposición con la Constitución, que reclama una revisión total previa que lleve consigo la elaboración de una nueva Ley Fundamental que acoja las propuestas constituyentes de la iniciativa vasca. Resulta innegociable plantear como reforma el cuestionamiento de los contenidos básicos del orden político y constitucional como la soberanía y la unidad del pueblo español. Obviamente, si se pretende su modificación tendrán que ser otras las vías que se adopten.

A estas objeciones insuperables debemos añadir otras de no menor calado. Como es sabido, para sus proponentes el EPCE supone la oferta de un pacto político que contiene un nuevo marco de convivencia amable susceptible de facilitar el encaje del País Vasco en el Estado español y de resolver el secular conflicto político entre vascos y españoles. Esta valoración ha sido el marketing con el que se ha intentado convencer al electorado vasco de las intenciones y bondades de la supuesta reforma, así como resistir las críticas que han provenido del resto de España. Sin embargo, los esfuerzos por camuflar la trascendencia de los contenidos incorporados en el EPCE y la fingida inocencia sobre la inocuidad de su proyecto no han conseguido ocultar la verdadera faz de la propuesta nacionalista.

No se puede considerar como convivencia amable la oferta que persigue básicamente debilitar hasta el límite los vínculos de relación entre el País Vasco y el resto de España. En el fondo se persigue la expulsión del Estado del territorio vasco y con ello la posibilidad de creación de un espacio exento de toda interferencia, porque en el caso de que se produzca debe gozar de la autorización vasca el cómo y el qué de dicho influencia. Se crearía, en consecuencia, un cordón sanitario que inmunizaría a la Comunidad de Euskadi frente a la realización de un proyecto común y compartido. Se opta por la existencia de dos procesos diferenciados que deben resolver armonizadamente los aspectos de coincidencia y discrepancia, pero siempre desde la consideración del otro proyecto como extraño y ajeno. No hay, pues, una propuesta de convivencia

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 228



amable porque no se desea convivir sino solo disfrutar de los efectos beneficiosos que reporta la inclusión en el Estado y evitar las consecuencias nocivas que se derivarían de la constitución como organización estatal y los problemas derivados para mantenerse en la esfera comunitaria. Es un beneficio calculado: evitar los costes de la organización estatal, aprovechar la inserción en el mercado económico español, utilizar las rentabilidades del modelo de financiación establecido en el sistema de Concierto económico que ha permitido disponer de una alta capacidad de gasto público debido a la falta de aportaciones a las políticas de solidaridad territorial, beneficiarse de las políticas de solidaridad intergeneracional por medio de la inserción en el modelo de Seguridad Social estatal, y mantenerse en el seno de la Unión Europea.

Pero tampoco es nada amable porque no se asume la conclusión del supuesto conflicto político vasco-español. Como hemos subrayado, se conserva la reserva de derechos y se contempla en el articulado la previsión de un procedimiento que sirve para recordar que el futuro está abierto, que la autodeterminación es posible y que el pacto ofrecido es revisable y, por tanto, provisional. Nada obstaculiza que en cada momento se produzca la reformulación interesada que debe ser, de nuevo, digerida por la ciudadanía española.

Tampoco es nada amable los términos de la propuesta. Aunque a primera vista, se insiste en la tesis de la libre adhesión a España como concreción del ejercicio del derecho de decisión, esta incorporación se hace en términos tan conminatorios que producen el efecto contrario. Si la aprobación por referéndum de la reforma tramitada en el Parlamento vasco supone la obligación de incorporar al ordenamiento jurídico la voluntad política de la sociedad vasca, el resultado consiste en la imposición, en última instancia, de lo que se decide, incluso por exiguas mayorías, en el País Vasco. Cabe por ello, preguntarse si es la Comunidad de Euskadi la que se adhiere a España, o es ésta la que realmente se adhiere a la Comunidad de Euskadi. Además debe estar en el futuro dispuesta a transigir con todas aquellas propuestas que se formulen unilateralmente. La posibilidad de «alterar íntegra o sustancialmente el modelo y régimen de relación política con el Estado español» desencadena un procedimiento que siempre opera en beneficio de los intereses nacionalistas. No es, pues, una propuesta amable, ni respetuosa, ni integradora tanto en el interior de la Comunidad vasca, ni en el seno del Estado.

Las consecuencias que se derivan de la propuesta tienen su causa en el modelo que se adopta. Una de las premisas descansa en la comprensión de los derechos históricos como expresión de una idílica cosoberanía disfrutada en un pasado reconstruido e inencontrable. Los derechos históricos ya no serían actualizado por medio del Estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución, sino que serían el fundamento que permitiría transportar a nuestros días el contenido mítico de la lectura nacionalista de la foralidad. Pero la cosoberanía es un concepto imposible cuya adaptación a nuestra

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 229



realidad es también imposible. De ahí que la cosoberanía no se ajusta al aparentemente bienintencionado propósito de compartir soberanía, de acuerdo con las modernas versiones del poder en red, ausencia de jerarquías, organización multinivel. En el caso del EPCE, no se propone compartir sino parcelar y, por tanto, duplicar, con el efecto consiguiente de que la «otra» soberanía queda condicionada en su ejercicio a una continua armonización en cuanto se produzca el resultado de la influencia.

El modelo resultante del EPCE es de difícil categorización. No debe sorprender esta dificultad porque los conceptos doctrinales se forjan después de una evolución histórica y contienen una abstracción de datos que no siempre consigue reflejar la heterogeneidad de la realidad. Desde luego el mantenimiento de la unidad le aleja de las fórmulas confederalizantes, pero la propuesta pensada exclusivamente para Euskadi tampoco se ajusta al federalismo, ni siquiera al asimétrico, aunque sólo sea porque, al menos, el problema de la soberanía está resuelto a favor del Estado, lo que no ocurre, como ya hemos visto anteriormente, y porque la distribución de competencias vacía de tal forma a la Federación que la asemeja por su debilidad a la confederación.

El análisis externo puede ser contemplado con la perspectiva interna. Estamos ante un texto cuyas cualidades técnicojurídicas se resienten de su excesiva militancia política y de la superposición de contenidos de distinta procedencia que conviven desordenadamente y dificultad su comprensión.

Pero sobre todo contiene un modelo de organización política desacertada. Por una parte, porque continua estableciendo una dialéctica centro-periferia que ya está superada por la evolución durante veinticinco años del Estado Autonómico. En ese sentido hay que reconocer el profundo cambio que se ha producido en la articulación territorial del poder en la que las Comunidades Autónomas han conseguido un protagonismo que desborda el simplismo del esquema pensado en clave del viejo centralismo. La integración del Estado se desarrolla en un proceso de participación y pluralismo que refleja y reproduce la compleja estructura de poder derivada de la consolidación del fenómeno autonómico. Por ello, la propuesta nacionalista reposa en una simplificación de la realidad que desconoce no sólo a quienes, en su ideología, habría que considerar con los mismos argumentos para acceder a un estatus político similar, sino también a quienes han conseguido relevancia política en la descentralización política constitucional. Pero un panorama de tantos protagonistas no casa con la exigencia de bilateralidad.

Además también cuestionamos el modelo de Estado que consideramos decimonónico. La recuperación del principio de las nacionalidades se traduce en la búsqueda de un futuro lo más parecido a la fórmula estatal, conclusión antes alcanzada en las consideraciones antes realizadas sobre la soberanía. Es consecuente que la necesidad de preservar el poder del esquema estatal conduzca a una definición de competencias exclusivas propia del modelo nacional decimonónico. Esta propuesta con-

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 230



trasta con la experiencia española de los últimos decenios en la que se ha superado paulatinamente la fórmula de la exclusividad en pro de las fórmulas de colaboración y cooperación por la imposibilidad de trazar líneas divisorias y de creación de órganos de decisión. Y choca también con las propuestas comunitarias que continuamente insisten en ampliar el elenco de protagonistas y las sedes de encuentro. Por ello, la comparación con las tendencias institucionales predominantes acentúa la obsolescencia de las opciones técnicojurídicas del EPCE.

En todo caso, los intentos de los nacionalistas vascos así como las iniciativas de reforma de otros Estatutos de Autonomías pone de relieve los problemas con los que se encuentra la institucionalización del Estado y la definición de un proyecto común. La opción constitucional a favor de la ulterior concreción estatutaria ha favorecido la flexibilidad pero ha generado una dinámica de adelgazamiento del Estado que amenaza con dificultad su tarea de dirección global y de redistribución de riqueza. El artículo 150.2 permite la transferencia y delegación de materias de titularidad que por su propia naturaleza sean susceptibles de ello. También quiere decir que hay una naturaleza del Estado a preservar. Quizá ha llegado el momento de aclarar en qué consiste esa naturaleza y perfilar con firmeza la identidad de un Estado que respete la pluralidad y que esté a la altura de las exigencias de la globalización.

## BIBLIOGRAFÍA


AJA, E. (1996): «La dimensión constitucional del hecho diferencial en el Estado autonómico», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario,* n. 8.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2000):» Los hechos diferenciales y la evolución del Estado autonómico», en Alberto Pérez Calvo (coord..), *Estado, nación y soberanía,* Madrid: Secretaría General del Senado, p. 85-103.

CORCUERA ATIENZA, J. (1984):»La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n. 4, p. 9-38.

CORCUERA ATIENZA, J. (2003): «Estatus de libre asociación y contrato social», en, 405-430.

CORCUERA ATIENZA, J. (2003):» Consecuencias y límites de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n. 69, p. 237-270.

CORCUERA ATIENZA, J. (2004): «Les présupposés de la proposition de statut politique de la communauté d'Euskadi. Legitimité vs. Légalité», en *Civitas* Europa, n. 12, p. 13-44.

CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. A. (2002): *La constitucionalización de los derechos Históricos,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DE LA DEHESA, G. (1998): «La globalización económica y el futuro del Estado», en *Claves de la Razón* Práctica, n. 87, p. 23-28.

11207-232-Estado autonomico42 14/10/05 15:58 Página 231



GARCÍA HERRERA, M.A. (2004): «Démocratie, Etat et Union Européenne dans la proposition de statut politique de la Communauté d'Euskadi», en *Civitas Europa,* n. 12, p. 45-78.

GUEVARA, E. y ONAINDÍA, M. (2003): *¿Es democrático el plan Ibarretxe?*, Vitoria: Ikusager Ediciones.

JÁUREGUI, G. (2003): «Un nuevo Pacto Político para la Convivencia: algunas reflexiones desde la perspectiva jurídico-constitucional», en *Working Papers* n. 225, Barcelona: Institut de Ciències Politiques i Socials.

LÓPEZ AGUILAR, J. F.(1997): «Constitución, autonomía y hecho diferencial. El estado autonómico y el hecho diferencial constitucionalmente relevante», *Cuadernos de Derecho Público,* n. 2.

LÓPEZ BASAGUREN, A. (2003): «La resurrección del principio de las nacionalidades», en *Cuadernos de Alzate,* n. 29, p. 75-97.

LÓPEZ BASAGUREN,, A. (2004): «Les nouveaux détours du principe des nationalités? autour de la proposition de «nouveau statut politique», en *Civitas Europa*, n. 12, p. 79-104.

PÉREZ CALVO, A. (2004): «El Plan Ibarretxe y su grave déficit democrático de partida», en *Revista de Estudios Políticos,* n. 126, p. 9-27.

PÉREZ ROYO, J. (2004): «La «proposta Ibarretxe»: un progetto *costituente* per il Paese basco», en *Diritto Pubblico comparato ed europeo,* n. 2, p. 607-614.

RECALDE, J.R. (1998): «Constitución y derechos históricos», en *Claves de la Razón Práctica*, n. 86, p. 22-30.

RODRÍGUEZ HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998): *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid: Taurus.

SOLOZÁBAL J.J. (2003): «La viabilidad jurídico- política del Plan de Ibaretxe», en AA.VV., *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del lehendakari Ibarretxe*, Oñati: IVAP, p. 381- 402.

VÍRGALA FORURIA, E.(2003): «El Proyecto Ibarretxe: independentista, antidemocrático e inconstitucional», en *Cuadernos de Alzate,* n. 29, p. 57-73.

VÍRGALA FORURIA, E. (2004): «La Propuesta Ibarretxe: una ruptura constitucional encubierta», en *Civitas Europa*, n. 12, p. 241-268.

11207-232-Estado autonómico42 14/10/05 15:58 Página 232

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 233

# LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA[1]

**Carles Viver i Pi-Sunyer**
*Catedráico de Derecho Constitucional*
*Universidad Pompeu Fabra*

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El análisis de la reforma de los Estatutos de Autonomía puede abordarse, como es obvio, desde muy distintas perspectivas. Aquí me propongo apuntar tan solo algunas ideas en relación con lo que, a mi juicio, constituye uno de los núcleos fundamentales de la aproximación jurídica a este tema: la cuestión que los políticos y la sociedad en general plantean, o deberían plantear, a los juristas en este debate y que no es otra que la de los límites constitucionales a las reformas estatutarias o, dicho en positivo, la cuestión relativa a la capacidad o potencialidad de las reformas estatutarias para adaptar el Estado de las Autonomías hoy vigente a las nuevas exigencias políticas.

Antes de entrar a desarrollar este tema quisiera hacer dos advertencias. En primer lugar quisiera señalar que, como el lector podrá comprobar de inmediato, lo que sigue es simplemente la transcripción de una conferencia y, en segundo lugar, que en la actualidad no estoy en condiciones de elaborar y proponer, desde las alturas de la dogmática jurídica, categorías generales y abstractas con las que analizar el problema de los límites constitucionales a las reformas estatutarias, aunque reconozco que, atendiendo a la fase incipiente en la que se hallan esos procesos de reforma, quizá ésta hubiese sido la mejor forma de aproximarse al tema que nos convoca.

Mi objetivo es mucho menos ambicioso. Pretendo contribuir, desde la modesta posición que corresponde al nuestro oficio de juristas, a la solución de un problema político concreto, pero de hondo calado, cuyos datos o elementos objetivos podrían enunciarse así:

Primero: en algunas CCAA, singularmente en el País Vasco y en Cataluña, pero también en otras, ha cuajado de forma mayoritaria la idea de que, tras 25 años de vigencia de la Constitución y de los respectivos Estatutos, y a pesar del balance global positivo que de ellos suele hacerse –y que yo comparto sin reserva mental alguna–, conviene reformar el Estado de las

[1] Mi intervención en el Foro de Debate sobre la reforma de la estructura territorial del Estado se basó en una ponencia que presenté en las XXVI Jornadas de la Abogacía General del Estado celebradas en octubre de 2004 sobre la reforma constitucional. Agradezco a los organizadores de las Jornadas las facilidades que me han dado para publicar, con ligeras adaptaciones, el texto de mi conferencia.

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 234



Autonomías para conseguir un mayor y, sobre todo, un mejor nivel de autogobierno de las Comunidades Autónomas[2].

El segundo dato es el siguiente: según todos los indicios esa mejora del autogobierno, hoy por hoy, sólo puede producirse a través de la reforma de los Estatutos. De la famosa relectura de los Textos constitucional y estatutarios sólo cabe levantar acta de defunción, tras reiteradas peticiones y no menos reiterados fracasos. En cuanto a la reforma de la Constitución todo apunta a que, como mínimo en la presente legislatura, las reformas previstas tan sólo pueden coadyuvar a mejorar la participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones estatales, mediante la reforma del Senado y, quizá, la participación en lo relativo a la Unión Europea. Pero con esas hipotéticas reformas no se colman en absoluto las aspiraciones de mejora del autogobierno a las que antes me he referido.

Ante esta situación, desde la perspectiva jurídica, la única vía abierta para alcanzar el objetivo de mejora del autogobierno, es, insisto, la de la reforma de los Estatutos. Esta afirmación lleva aparejadas, a mi juicio, dos consecuencias que quisiera destacar: primera, si se habla de reforma estatutaria se está diciendo que el proceso debe realizarse dentro de los límites establecidos por la Constitución. Algunas pretendidas propuestas de reforma estatutaria y algunas declaraciones públicas de relevantes políticos obligan a recordar estas obviedades y a destacar que la autonomía política puede ser, sin duda, fundamental, pero también lo es el Estado de Derecho en el que esa autonomía se asienta. Naturalmente, afirmar que las reformas estatutarias deben respetar lo establecido por la Constitución no resuelve el problema planteado, es simplemente el punto de partida de nuestro debate jurídico.

La segunda consecuencia a la que quería aludir es la siguiente: si la vía de la reforma constitucional está cerrada y si quiere resolverse el problema político que, queramos o no, está sobre la mesa, desde la perspectiva jurídica no pueden paralizarse los procesos de reforma con el argumento de que es preferible una reforma constitucional previa. Dicho de otra forma: *rebus sic estantibus*, el canon de enjuiciamiento a utilizar respecto de las reformas estatutarias ya iniciadas es únicamente el del respeto a los límites constitucionales, no el de la existencia de otras alternativas, quizá mejores en teoría, pero rechazadas en la práctica. El canon a aplicar es, pues, el de constitucionalidad no de «optimización». Exigir la previa reforma de la Constitución supondría supeditar la resolución del problema planteado a una circunstancia política sobre la que los juristas podemos influir pero no está en nuestras manos modificar o resolver; en suma, equivaldría a aceptar que hoy por hoy no existe solución jurídica al problema

[2] En Cataluña, que es la Comunidad que mejor conozco, 4 de los 5 partidos presentes en el Parlament, que representan a más del 80% de los electores, piden esa reforma. Y según los sondeos de opinión esa reclamación la comparten más de un 65% de los ciudadanos. Este es el primer dato del que debemos partir.

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 235



político planteado por la reivindicación de un mejor autogobierno para las Comunidades Autónomas.

Para llevar a cabo el análisis sobre los límites constitucionales, a los efectos de esta exposición y sin ánimo de entrar en debates dogmáticos de ningún tipo, utilizaré como canon, o, si se prefiere, entenderé como límites constitucionales infranqueables: primero, los que derivan de las reglas y principios contenidos explícitamente en la Constitución. Segundo, los que pueden deducirse de la función constitucional atribuida en nuestro ordenamiento a los Estatutos de Autonomía y a su posición en el sistema de fuentes del Derecho: su función de complemento de la Constitución, su naturaleza quasi constitucional, su carácter parcialmente paccionado, su naturaleza bifronte de norma estatal que encabeza el ordenamiento autonómico, etc. Con todo, voy a aplicar con notable cautela este segundo tipo de límites, basados esencialmente en construcciones dogmáticas, que son sin duda imprescindibles para todo análisis jurídico, pero tienen una limitada operatividad como canon de constitucionalidad, como ha tenido ocasión de advertir el Tribunal Constitucional. En realidad, debo confesar que, quizá porque me voy haciendo viejo o debido a mi paso por Doménico Scarlatti, para mí cada vez hay menos «cosas» inconstitucionales. Creo que, sobre todo cuando no están implicados derechos fundamentales, los juristas debemos ser muy prudentes a la hora de señalar nada menos que los límites constitucionales al debate político, en este caso los límites a un posible «pacto» entre el legislador autonómico y las Cortes Generales.

Por fin, el tercer canon que aplicaré es el de la manifiesta irrazonabilidad lógica, jurídica o práctica de los resultados alcanzados; ninguna construcción jurídica debe llevar a resultados absurdos, (aunque el problema, como veremos, se trasladará a la determinación de qué debe considerarse jurídica, lógica o prácticamente irrazonable).

Entre las muchas dificultades que me plantea el análisis que me propongo llevar a cabo, no es la menor la relativa al hecho de que su objeto, las reformas estatutarias, es todavía en gran medida algo fantasmagórico, prácticamente inexistente. Por ello, si ustedes me lo permiten, voy centrar mi atención en las propuestas que se están formulando en Cataluña ya que son las que se hallan en una fase más avanzada y, por supuesto, son las que mejor conozco. Soy consciente, sin embargo, que el proceso, también en Cataluña, está todavía en una fase incipiente y puede descarrilar en cualquier momento, con lo que no sería descartable que todo lo que les diré sufra una pérdida sobrevenida de objeto y con ello hayamos perdido todos una magnífica mañana de otoño madrileño.

La reforma propuesta en Cataluña es muy amplia y profunda. Afecta a todos los Títulos del actual Estatuto sin excepción y a ellos pretenden añadirse hasta cuatro Títulos nuevos. Concretamente, las reformas se refieren a aspectos relativos al Título preliminar, como la aplicación de la denominación de nación o comunidad nacional para referirse a la comunidad política sobre la que se asienta la Comunidad Autónoma –incluso se han hecho pro-

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 236



puestas relativas al derecho a la autodeterminación-. Pretenden incluirse dos Títulos nuevos en los que se contendría una amplia proclamación de derechos, deberes y principios rectores de las políticas públicas, así como las correspondientes garantías jurisdiccionales. Se propone una reforma en profundidad de las competencias autonómicas. La reforma afecta también a las Instituciones de autogobierno –ya que se afirma, con razón, que la mejora del autogobierno a menudo no depende tanto de elementos exógenos cuanto de la organización y funcionamiento de los propios organismos autonómicos. La propuesta de reforma también afecta al Poder Judicial en la Comunidad Autónoma con el objeto de potenciar la función casacional del TSJ, asegurar una mayor participación de la CA en la administración de la Administración de Justicia y propiciar una mayor descentralización del gobierno del Poder judicial, todo ello teniendo en cuenta las reservas constitucionales de ley orgánica en esta materia. La reforma alcanza también a la Hacienda autonómica –éste es uno de los puntos más relevantes en la práctica; la Constitución aquí dice poco, pero la realidad económica, que es una de las realidades más crudas, puede condicionar mucho-. Incluso se propone la reforma de los mecanismos de reforma estatutaria para dar mayor protagonismo a la Comunidad Autónoma en la modificación de los preceptos que no afectan directamente a sus relaciones con el Estado. Además pretenden añadirse otros dos Títulos nuevos relativos a la participación de la Generalidad en el Estado y en la Unión Europea y a su colaboración con el Estado y con las demás CCAA.

Por supuesto en la amplia propuesta de reforma que se está elaborando se utilizan técnicas que plantean problemas relacionados con los límites constitucionales como puede ser, por ejemplo, la capacidad de los Estatutos para concretar los ámbitos materiales y funcionales de las competencias; la posibilidad de utilización del artículo 150.2 CE; el tipo de derechos y deberes que pueden regularse en los Estatutos o la incorporación de mandatos o peticiones dirigidas al legislador estatal (por cierto, no infrecuentes en los actuales Estatutos de Autonomía).

Por fortuna para ustedes, dado el limitado tiempo del que dispongo, no voy a poder analizar todos esos temas. Me centraré en los que creo más relevantes, a saber: las competencias, la incorporación de derechos, algunas cuestiones relativas a los llamados aspectos simbólicos y, ya muy brevemente, a la utilización del artículo 150.2 CE.

## II. COMPETENCIAS

Comencemos, pues, con el análisis relativo a las propuestas de reforma que afectan a las competencias.

Ante todo quisiera decir que no comparto la afirmación de que el sistema de distribución de competencias establecido en nuestro Ordenamiento no deja hoy prácticamente espacio de maniobra para introducir cambios significativos en este ámbito, de modo que la única vía posible para mejorar

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 237



el autogobierno sea la del artículo 150.2 CE, es decir, la delegación o transferencia de competencias. A mi juicio, desde la perspectiva jurídica, esta tesis no es sostenible. El sistema constitucional vigente admite concreciones o «lecturas» que, en hipótesis, pueden llevar a una redistribución muy importante de poder público. Cosa distinta será que políticamente eso no convenga o que, conviniendo, no se acepte; pero jurídicamente el sistema no está cerrado a concreciones muy diversas de las hoy imperantes y ello sin necesidad de recurrir a la vía del artículo 150.2 CE (según mis cálculos, para responder a las demandas de reforma que se están barajando, tan sólo debería acudirse a ese mecanismo en tres o cuatro casos: ciertos aspectos relativos a inmigración, a la gestión de determinadas infraestructuras –puertos y aeropuertos– y a las telecomunicaciones). Volveré sobre esta cuestión al final. De momento regresemos al análisis de las competencias.

Las reformas propuestas parten de un diagnóstico que, sintéticamente y sin los muchos matices que sin duda sería menester introducir, podría enunciarse así: a lo largo de estos 25 años de Estado de las Autonomías se ha hecho una «lectura reduccionista» de las competencias reconocidas en los Estatutos, de modo que finalmente los ámbitos materiales sobre los que las CCAA tienen competencias por regla general resultan fragmentados y de poco relieve político o práctico en términos de capacidad efectiva de transformación de la realidad social, económica y política; en la mayoría de los casos en esos ámbitos materiales puede intervenir el Estado estableciendo políticas, principios y reglas que las CCAA deben simplemente ejecutar o a lo sumo concretar. La exclusividad competencial se ha volatilizado y con ella la capacidad para fijar políticas propias o para pactar libremente políticas comunes. Ciertamente, este modelo está *in nuce* en la Constitución y era una de sus posibles concreciones, pero quienes promueven la reforma consideran que en la práctica el modelo constitucional ha exacerbado sus rasgos menos favorables a la autonomía política, produciéndose un claro proceso de administrativización. Este fenómeno se ha producido, sobre todo, a base de dar un gran alcance material y funcional a las competencias básicas y horizontales del Estado y de ampliar también el ámbito material de las competencias exclusivas del Estado. Es más, se afirma que el contenido de las competencias autonómicas queda con frecuencia a la libre disposición del legislador estatal, que puede fijar el alcance de las materias estatales –sobre todo las básicas y las llamadas horizontales- sin que existan pautas constitucionales objetivas y seguras que permitan un control jurisdiccional eficaz de esa labor concretizadora. El sistema estaría, por ello mismo, en gran medida desconstitucionalizado.

El alcance supraautonómico de los fenómenos objeto de las competencias autonómicas, convertido en justificación para el traslado de competencias al Estado y los límites impuestos para llevar a cabo una acción exterior en esos ámbitos competenciales autonómicos o la amplitud dada a ciertas reservas de ley orgánica habrían acabado de completar ese panorama «reduccionista».

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 238



No entro a valorar la corrección o no de este diagnóstico, que, como digo, requeriría sin duda múltiples matizaciones. Me limito a constatar la existencia, en algunas CCAA, de un sentimiento bastante generalizado de que el sistema de competencias no responde a las expectativas, quizá ingenuas, abiertas al inicio del proceso de descentralización política.

Ante esta situación, el objetivo político perseguido con la reforma estatutaria, a parte de la adecuación del sistema de financiación, es doble: de un lado, se trata de ampliar y sobre todo de mejorar la calidad de las competencias autonómicas y, de otro, garantizar estatutariamente ese nuevo contenido competencial ante interpretaciones futuras del legislador estatal (lo que coloquial y erróneamente ha dado en llamarse «blindaje», término que los juristas sabemos que no tiene, por irrealizable, ningún significado en el mundo del Derecho).

Para alcanzar esos objetivos se propone la utilización de muy diversas técnicas, desde la fijación de puntos de conexión territorial de las materias competenciales –aunque debe reconocerse que en esta cuestión los Estatutos deben actuar con mucha prudencia ya que puede resultar problemática su regulación unilateral por parte de un Estatuto–, a la proclamación de la posibilidad de llevar a cabo acciones en el exterior, que nada tienen que ver con la competencia estatal sobre relaciones internacionales, pasando por cláusulas que garanticen que el alcance territorial supraautonómico de los fenómenos o actividades objeto de las competencias autonómicas no comporta automáticamente el traslado de la competencia al Estado o cláusulas que eviten que a través del *speding* power el Estado pueda ejercer competencias respecto de las que carece de título habilitante. Pero la idea fundamental consiste en redefinir los ámbitos materiales y funcionales de las competencias autonómicas, precisando al máximo las materias competenciales y las funciones que corresponden a cada competencia y ampliando el ámbito de exclusividad o, si se prefiere, ampliando el alcance de las competencias exclusivas.

Como queda dicho, los 25 años de autonomía ponen de manifiesto que las categorías jurídicas utilizadas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía para proceder al reparto de competencias (por ejemplo, el concepto de bases, pero también los criterios de delimitación material como comercio, instituciones financieras, telecomunicaciones, etc.) han resultado demasiado amplias para garantizar ámbitos de exclusividad y demasiado abiertas para evitar que el legislador estatal tuviese un amplísimo margen de maniobra concretizadora. Además, esa apertura de las categorías constitucionales ha dificultado su aplicación como canon de constitucionalidad en los numerosos conflictos competenciales y, por supuesto, no ha contribuido a la pacificación de esas disputas.

Precisar las competencias desde el punto de vista material significa, en esencia, sustituir o completar las categorías utilizadas hasta ahora para referirse a las materias competenciales, por categorías de menor alcance y por ello más precisas: por submaterias, si quiere decirse de este modo. Así

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 239



en lugar de comercio, debería hablarse de horarios comerciales, regulación de modalidades de venta, requisitos para ser comerciante, requisitos y régimen de instalación de establecimientos comerciales, etc. En la materia de crédito y banca lugar podría distinguirse entre estructura, organización interna y funcionamiento de los intermediarios financieros, su actividad financiera, la disciplina, inspección y sanción, etc. Al referirse a las Cajas de Ahorro debería precisarse la determinación de los órganos de gobierno, el estatuto de sus miembros, el régimen jurídico de creación, fusión, liquidación y registro de las Cajas o la actividad inspectora relativa las actividades financieras. Y al hacer referencia a la enseñanza no universitaria podría concretarse la distribución por cursos de áreas y asignaturas, los requisitos para la creación de centros o la regulación de los órganos de gobierno y participación de los centros.

En cuanto a las funciones correspondientes a los distintos tipos de competencias también se propone una mayor concreción, por ejemplo definiendo las competencias exclusivas como excluyentes: como ámbitos en los que corresponde íntegramente a la CA, y sólo a ella, toda la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva. Una exclusividad en serio, aunque, naturalmente se trata de una exclusividad en cuanto a la titularidad de las competencias, que no prejuzga la forma de ejercicio de las mismas.

Respecto de las competencias compartidas o de desarrollo de las bases se propone una fórmula en la que se reserve a la CA la función legislativa y toda la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, dentro de los límites fijados por los principios, estándares mínimos y objetivos establecidos por el Estado mediante normas con rango de ley. Lo básico quedaría así indirectamente delimitado desde el punto de vista funcional; pero también podría delimitarse materialmente, atribuyendo en exclusividad a la CA submaterias que en principio también hubiesen podido encuadrarse en materias básicas. De este modo, el Estatuto establecería que en esos concretos ámbitos materiales no pueden dictarse bases, por ejemplo, podría afirmarse que, a pesar de que el Estado tiene reservada la competencia básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas, materialmente esa competencia no alcanza a la articulación territorial de la Administración autonómica; sobre esa submateria el Estado no podría dictar ni siquiera principios ya que el Estatuto la atribuiría en exclusiva a la CA.

Con todo, en algunas materias, por ejemplo de contenido económico, podría mantenerse el criterio de que, como excepción, la competencia autonómica de desarrollo legislativo debe respetar no sólo los principios sino también las reglas concretas establecidas por ley estatal.

En definitiva, en cada materia competencial deberían distinguirse alguna de las submaterias que la componen, especificando en cada caso su régimen competencial: exclusivo –en sentido estricto de excluyente–, compartido o meramente ejecutivo (este ámbito también podría redefinirse funcionalmente para incluir algún tipo de reglamento *ad extra*).

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 240



Este esquema, en el que ahora no puedo profundizar, a pesar de lo que pueda parecer, es un esquema flexible, tanto respecto a la concreción de las submaterias que pueden especificarse (ya que no se trata de incorporar al Estatuto todas las submaterias, sino las más relevantes o las potencialmente más conflictivas), como en lo tocante al régimen competencial que puede atribuirse a cada una de ellas, es decir, a su calificación como exclusivas, compartidas o ejecutivas. Estas son decisiones que deberán concretarse mediante la correspondiente negociación política, primero en el seno de la CA, luego con el Estado. Sin embargo, para conseguir los objetivos propuestos esa flexibilidad en cuanto al contenido debe ir acompañada de un rigor extraordinario en la aplicación de las categorías de modo que sólo se califiquen como exclusivas aquellas submaterias en las que se concluya que el Estado no podrá actuar en ningún caso ni siquiera mediante el establecimiento de principios y como compartidas aquellas en las que el Estado debe limitar su actuación a esos principios, estándares y objetivos. Para las CCAA debería ser preferible que determinadas competencias que hoy tienen reconocidas como de desarrollo de las bases pasasen a ser meramente ejecutivas a mantener la calificación como de desarrollo y luego tener que aceptar que la realidad exige una actuación legislativa plena del Estado con la consiguiente desfiguración de las categoría competenciales.

Ciertamente el modelo propuesto no está exento de problemas. Por ejemplo, según como se concrete, puede tener un cierto efecto petrificador del contenido de las competencias, es decir, puede tener dificultades para adaptarse a nuevas realidades que puedan surgir. Con todo, debe tenerse en cuenta: primero, que en la práctica la aparición de nuevos fenómenos que no puedan encajarse en las previsiones estatutarias resulta difícil, como lo demuestra la experiencia de estos 25 años y la casi nula aplicación de la cláusula residual. Segundo, que la precisión en cuanto al contenido de las competencias no impide la utilización de cláusulas de cierre relativamente abiertas. Finalmente, que si aparecen esas nuevas realidades sociales inencajables en los títulos competenciales y no quiere recurrirse a la cláusula residual, siempre existe la posibilidad de aplicar los mecanismos de reforma estatutaria, respecto de los cuáles, además, se pretende introducir una menor rigidez.

La propuesta plantea también problemas de tipo más formal. Así, el Título dedicado a las competencias si se sigue este modelo va a ser largo, prolijo, farragoso y muy poco épico. A mi esto no me preocupa mucho. Creo que los Estatutos, como normas que son de tercer nivel, tienen que tener poca épica y mucha precisión sobre todo en temas como el reparto de competencias. Por otra parte, siendo ese reparto de competencias uno de los núcleos fundamentales imprescindibles de todo Estatuto de Autonomía resulta justificada su extensión. Finalmente, debe tenerse presente que esta opción pormenorizadora no es una opción querida como primera alternativa, la impone a la experiencia de estos 25 años que obliga a

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 241



recurrir a estos planteamientos sin duda poco vistosos desde el punto de vista formal. No obstante, debe reconocerse al mismo tiempo que es también esa experiencia la que hoy nos permite avanzar en ese esfuerzo de precisión y clarificación en el reparto de competencias. Hoy sabemos todos con bastante seguridad qué actividades se encuadran o pueden encuadrarse en cada una de las materias competenciales, cosa que hace cinco lustros era poco menos que un enigma.

En cualquier caso, a pesar de esas dificultades, quisiera destacar que si estas propuestas prosperan, los Estatutos de Autonomía no estarán solos en este viaje, ya que la idea de subdivisión de materias, de precisión funcional y de ampliación de exclusividades constituye una corriente importante en Europa en la actualidad. Véase la reciente Constitución Suiza de 1999, y el pormenor con el que regula las competencias, o los trabajos de la Comisión sobre federalismo creada por el *Bundesrat* para la reforma de la estructura territorial del Estado que significativamente estuvo trabajando en la dirección de un mayor fraccionamiento de las materias competenciales y la ampliación del ámbito de exclusividad competencial. Como es conocido los trabajos de la Comisión finalmente no llegaron a puerto (por discrepancias sobre en reparto de competencias en el ámbito de educación), pero no deja de ser significativo que el método seguido para proceder a un nuevo reparto de competencias fuese precisamente el de la concreción de submaterias y la ampliación de las reservas de exclusividad.

Pero el problema que aquí nos hemos propuesto analizar es, precisamente, el de determinar si esta tarea de concreción o redefinición material y funcional de las competencias puede llevarla a cabo un Estatuto de Autonomía. Ya avanzo que a mi juicio, que por supuesto someto a cualquier otro mejor fundado, los Estatutos de Autonomía, en tanto que normas institucionales básicas de las respectivas CCAA, pueden efectivamente realizar esa función. Los Estatutos al «hace(r) constar las competencias asumidas en el marco de lo establecido por la Constitución», según reza su artículo 147.1.d), y dada función de complemento de la Constitución, pueden concretar y de hecho hoy concretan el alcance material y funcional de las competencias que asumen. Esto es así, porque los conceptos utilizados por la Constitución para referirse a los aspectos funcionales y materiales de las competencias admiten normalmente, aunque con diferente intensidad, diversas concreciones. Donde los Estatutos de Autonomía no realizan esa función concretizadora, es el legislador estatal quien lo hace, convirtiendo esa legislación –siempre que no sea inconstitucional– en parámetro (de segundo grado, si se quiere) de la constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos de las CCAA.

Ciertamente, como dejó dicho el TC en su sentencia sobre la LOAPA (STC 176/1983, FJ.4), al realizar esa labor el legislador estatal ordinario no puede dictar disposiciones meramente interpretativa, no puede pretender definir de forma general los criterios de delimitación de las cometencias ni el único contenido constitucionalmente válido de los preceptos constitu-

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 242



cionales relativos a las diversas competencias, no puede cerrar las opciones que la Constitución deja abiertas, pero sin ese alcance general, no cabe duda que el legislador estatal concreta ese contenido, produciendo la desconstitucionalización del sistema a la que antes me he referido. Pues bien, en nuestro Ordenamiento –salvo excepciones a las que luego aludiré- no existe reserva de ley estatal para concretar los criterios funcionales y materiales establecidos en la Constitución para delimitar las competencias. No existe tampoco reserva de Constitución u obligación de dejar abiertos estos preceptos constitucionales. Por ello, esta función concretizadora con alcance general pueden llevarla a cabo los Estatutos, con evidentes ventajas sobre la realizada por el legislador estatal ordinario. Es más, los Estatutos al concretar el alcance de las compencias, en rigor, no dictan disposiciones meramente interpretativas. En suma, no existe, a mi entender, ningún argumento dogmático de peso que impida que los Estatutos de Autonomía realicen esta función.

La concreción de los ámbitos materiales y funcionales de las competencias tiene, sin duda, ventajas como la de dar mayor previsibilidad al sistema de distribución de competencias, con lo que puede contribuir a reducir la conflictividad competencial, aunque no conviene hacerse muchas ilusiones al respecto. Sin embargo, esta tarea tiene también límites constitucionales que deben ser respetados. Así, en primer lugar, al precisar el alcance funcional y material de las competencias autonómicas –e indirectamente la aplicabilidad o eficacia territorial de las competencias estatales– los Estatutos no pueden alterar el contenido constitucional de los conceptos empleados por la Constitución. Concretar el alcance de esos conceptos, no equivale a diseñarlos libremente: pueden cerrarse opciones abiertas por la Constitución, pero no contradecir lo claramente establecido en ella. Cuando los conceptos utilizados por la Norma fundamental admiten diversas concreciones, los Estatutos pueden optar por una de ellas; en aquellos extremos en los que la Constitución no admita diversas concretizaciones, está vedada la intervención de los Estatutos. El alcance de esta labor dependerá, pues, del contenido de cada una de las competencias.

Ciertamente, no puedo aquí entrar en el análisis casuístico de esas competencias. Baste notar, como ejemplo, que, en atención a estas premisas, el margen de maniobra que poseen los Estatutos a la hora de precisar el alcance de las competencias compartidas o de desarrollo legislativo es sin duda mayor que en otros ámbitos, ya que la Constitución no ofrece ningún concepto delimitador de lo básico. El legislador estatal, con la aceptación del Tribunal Constitucional, optó por un concepto material (material-formal) de bases, pero ésta no es la única concreción constitucionalmente posible. Cabe, por ejemplo, una concepción principialista de lo básico, por la que abogaron en un principio los principales administrativistas españoles y se recogió en una de las primeras Sentencias del TC. Los Estatutos pueden acoger indirectamente esta concepción e imponerla a los legisladores al definir el alcance de las competencias de desarrollo legislativo.

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 243



Algo parecido podría decirse respecto de determinados títulos horizontales como el relativo a las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica.

En cambio, respecto de las competencias autonómicas que colindan con competencias estatales exclusivas, los Estatutos pueden precisar su alcance material sólo en aquellos ámbitos o submaterias limítrofes en las que las competencias se solapan porque los contornos de los conceptos constitucionales empleados son difusos y, precisamente por ello, ha sido el legislador ordinario quien los ha ido acotando, sometido sólo al control del TC ejercido a través de criterios hermenéuticos tan lábiles como los de título general *versus* título específico, principio de no vaciamiento, etc. En estos casos, los Estatutos pueden suplir con mayores garantías al legislador ordinario, delimitando el alcance de las competencias sin entrar en contradicción con lo establecido, de forma imprecisa, por la Constitución. Esta concreción estatutaria no pone en cuestión la supremacía de la Constitución, ni el principio de interpretación de los Estatutos de acuerdo con la Constitución, como en alguna ocasión se ha dicho sin fundamento.

Déjenme añadir, aunque sea de forma más esquemática de lo que convendría al caso, que en esta operación delimitadora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no supone un límite constitucional para el legislador estatutario, dado que, por decirlo sin los matices necesarios, el Tribunal Constitucional ha actuado normalmente como simple legislador negativo. Sólo escaparían de esta regla los casos en los que el Tribunal ha declarado de forma inequívoca que una determinada actividad pública forma parte indudable del contenido único de una competencia estatal recogida en la Constitución y no existan argumentos para sostener que la evolución de la realidad social ha provocado en ese ámbito material un cambio capaz de alterar el encuadramiento competencial establecido por el TC; salvo en estos casos, esa jurisprudencia no limita al legislador orgánico-estatutario, entre otras razones porque esa jurisprudencia se ha dictado en aplicación de unos parámetros que la propia reforma estatutaria modifica o pretende modificar[3].

Un segundo límite a la tarea concretizadora de los Estatutos deriva de las reservas constitucionales a favor de determinadas leyes orgánicas, como, por ejemplo, la LOPJ o la LOREG; aunque, como es bien sabido, las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas que afectan a las competencias autonómicas ha planteado y plantea numerosos y complejos problemas en los que ahora no puedo detenerme, como, por ejemplo, la capacidad de los Estatutos para desplazar, mediante la concreción de ámbitos materiales de competencia autonómica, la aplicación de aspectos no orgánicos incluidos en las leyes orgánicas (¿podría

[3] *Vid.* Francisco Velasco Caballero, «Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya: límites constitucionales», en *Estudios sobre la Reforma del Estatuto,* Ed. Institut d'Estudis Autonómics, pág. 283.

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 244



un Estatuto desde una competencia autonómica sobre administración de la Administración de Justicia desplazar la aplicación en la Comunidad Autónoma de los numerosos preceptos de la LOPJ que regulan de forma pormenorizada aspectos relativos a los medios materiales al servicio de la Administración de Justicia?).

Todavía existe un tercer límite: los Estatutos pueden precisar los ámbitos materiales y funcionales de sus competencias pero no pueden definir directamente los ámbitos de las competencias estatales. Aunque es cierto que al delimitar el alcance de la competencia autonómica el Estatuto influye en el alcance de las competencias estatales colindantes, no puede regularlas directamente, porque lo que un Estatuto puede condicionar es la aplicabilidad o la eficacia territorial de las competencias estatales, pero no su validez ni su aplicabilidad fuera de ese territorio. Sin embargo, aunque sólo afecte a la aplicabilidad, lo cierto es que, como queda dicho, los Estatutos indirectamente delimitan el alcance de los títulos estatales y llegados a este punto con frecuencia surge la pregunta: ¿es razonable que los 17 Estatutos definan el alcance de las competencias estatales de forma potencialmente distinta? ¿No es jurídicamente absurdo admitir que las competencias estatales tengan 17 concreciones distintas?

Yo no tengo inconveniente en aceptar ese diagnóstico, si el resultado fuese necesariamente el apuntado. Pero la cuestión requiere, a mi entender, al menos dos matizaciones o dos reflexiones.

En primer lugar, de la premisa de que no es inconstitucional que los Estatutos precisen el alcance material y funcional de las competencias autonómicas, influyendo indirectamente en el alcance de las competencias estatales, no se sigue como conclusión necesaria que el resultado sea el de 17 concreciones distintas. La situación actual así lo demuestra. Es cierto que la propuesta de reforma que acabo de apuntar otorga a los Estatutos una mayor capacidad para configurar el alcance de las competencias –en detrimento del legislador estatal ordinario–, sin embargo, en el sistema actual la posibilidad de que se estableciesen 17 concreciones diversas de las competencias era y es perfectamente posible, de hecho es una posibilidad consustancial al sistema diseñado por la Constitución. No obstante, en la práctica no se ha producido esa disparidad porque el mismo sistema tiene mecanismos para reconducir la diversidad al grado de unidad requerida en cada momento. Por ejemplo, mediante la generalización o igualación de los contenidos estatutarios o más simplemente dando el Estado a sus competencias, al ejercerlas, un mismo contenido en todo el territorio a partir del contenido reconocido en los Estatutos en los que las competencias autonómicas hayan adquirido un nivel superior.

Se dirá que para lograr ese objetivo y evitar la dispersión de concretizaciones lo más razonable es proceder a la reforma de la Constitución: que sea la Constitución la que establezca de forma más precisa los ámbitos dentro de los que deben actuar los Estatutos. Sin embargo, del hecho de que esto pueda ser así, no se infiere, como es obvio, que ésta sea la única

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 245



opción constitucionalmente legítima y en cualquier caso el problema político que tenemos que resolver no está planteado en estos términos. Con frecuencia los juristas teóricos damos a los problemas que queremos resolver los contornos que se adecuan a la construcción teórica que queremos defender. En nuestro caso, vetada la reforma constitucional, el problema planteado por ciertas CCAA no se soluciona diciendo que no se puede proceder a la reforma estatutaria, aun siendo constitucional, porque es preferible una reforma constitucional cegada de entrada.

La segunda reflexión que quería hacer es la siguiente: para mi está claro que el sistema no admite 17 concreciones distintas de las competencias autonómicas y consiguientemente de las estatales, sin embargo, de ahí tampoco que sigue que el sistema deba ser exactamente el opuesto: la uniformidad de las competencias en todas las CCAA, salvo los famosos hechos diferenciales. Éste va a ser sin duda, de nuevo, uno de los objetos fundamentales del futuro debate político: el grado de diversidad que el sistema puede asumir para continuar funcionando de forma eficaz y solidaria y, sobre todo, el grado de diversidad que las fuerzas políticas están dispuestas a aceptar.

El modelo que se está planteando en Cataluña, por lo que conozco, es en principio un modelo generalizable, en el sentido de que para sustentar las atribuciones competenciales no se invocan derechos históricos, ni hechos diferenciales, ni disposiciones adicionales de la Constitución. Para alcanzar un determinado nivel de competencias, incluso distinto al de las de las demás CCAA, no son necesarias esas invocaciones; basta la concurrencia de la voluntad política de los órganos legitimados para reformar los Estatutos. Contra lo que ha sostenido algún ilustre constitucionalista, no creo que aquí esté implicado el artículo 14 CE, ni, en consecuencia, que a las diferencias estatutarias deba aplicárseles el test de razonabilidad y proporcionalidad típicos de este precepto constitucional. No obstante, debe admitirse que cuanto más elevado sea el nivel de competencias que pretenden incorporarse a los Estatutos, cuanta más trascendencia práctica tengan, más difícil puede resultar su generalización. Y en este punto sin duda van a plantearse las tensiones políticas de mayor relieve, ya que en algunas CCAA difícilmente se aceptará una reducción significativa de las pretensiones de mejora del autogobierno en aras a la generalización del sistema. En definitiva, va a plantearse de nuevo el problema de la igualación o no de los niveles competenciales y en caso de respuesta positiva si esa nivelación se produce «al alza» o «a la baja». Aunque también cabría pensar en fórmulas en las que la igualación en cuanto a la titularidad no conllevase necesariamente una igualación en cuanto al ejercicio. Pero estas son alterativas de notable complejidad teórica y práctica en las que tampoco puedo entrar.

Con todo, debe advertirse que si el modelo es objetivamente generalizable la atribución de un determinado nivel de competencias a unas Comunidades Autónomas no cierra la posibilidad de que, en el futuro, las

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 246



demás puedan también alcanzar si lo desean ese mismo nivel competencial. En rigor, en este caso más que de hablar de distintos niveles podría volver a hablarse de distintos ritmos.

En cualquier caso, lo cierto es que, afortunadamente, los juristas tenemos muy poco que decir sobre la decisión acerca de la generalización o no del sistema, salvo constatar, de un lado, que las diferencias son posibles en nuestro sistema, y así sucede en la actualidad a pesar de la creciente uniformización, y, de otro lado, que el límite a esa diversidad se halla en el reiterado funcionamiento eficaz y solidario del Estado. La concreción de esos conceptos indeterminados corresponde también al debate político.

Resumiendo lo dicho hasta aquí, creo que no es inconstitucional que los Estatutos de Autonomía precisen los ámbitos funcionales y materiales correspondientes a las competencias que asumen –en lugar de que lo haga el legislador estatal–. Y creo también que las reformas permiten llevar a cabo un muy notable cambio, si hay voluntad política para ello, en la concreción del sistema de distribución de competencias y, en definitiva, en la redistribución del poder público. No se trata de desandar lo ya andado, ni de poner en tela de juicio todo el sistema, pero sí de aprovechar la experiencia acumulada durante estos 25 años para reflexionar globalmente sobre la concreción actual del modelo constitucional y adaptarlo a los nuevos retos políticos.

## III. NACIÓN, DERECHOS Y 150.2 CE

Para finalizar quisiera apuntar, de modo forzosamente telegráfico, algunos comentarios relacionados con otras propuestas de reforma que también pueden suscitar problemas desde la perspectiva de los límites constitucionales.

Por ejemplo, en relación con los llamados aspectos simbólicos, como ya he avanzado, se plantean propuestas en las que pretende calificarse como nación o comunidad nacional a la comunidad política que está en la base de la Comunidad Autónoma; en otras se aboga por la proclamación del derecho a la autodeterminación. A mi entender la primera propuesta no ofrece grandes dificultades desde la perspectiva de los límites constitucionales. Es cierto que «nación jurídica» en sentido estricto sólo hay una en la Constitución, pero el término nación es suficientemente polisémico como para admitir que la proclamación de la existencia de una pluralidad de naciones, entendidas desde la perspectiva política, cultural o sociológica, no vulnera ningún precepto constitucional. En cambio, a mi juicio, la pretensión de incluir en los Estatutos el derecho a la autodeterminación de la respectiva CA plantea muchos más problemas de constitucionalidad, ya que este derecho o principio no está consagrado en nuestro ordenamiento, ni los Estatutos de Autonomía son los instrumentos legales adecuados para proclamarlos.

Interrogantes de distinta naturaleza suscita la incorporación de derechos y deberes en los Estatutos. Como es sabido, en la actualidad los Estatutos de

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 247



Autonomía no contienen declaraciones de derechos ni de principios rectores. Se limitan a remitirse *in toto* a los derechos y deberes consagrados en la Constitución y a establecer mandatos dirigidos a los poderes públicos autonómicos para que establezcan las condiciones que hagan posible el ejercicio de esos derechos, en especial los relativos a la libertad y a la igualdad.

Sin embargo, en Cataluña al menos, la mayor parte de las propuestas partidistas de reforma estatutaria abogaban por la proclamación de derechos y deberes y por el establecimiento de principios rectores de las políticas públicas.

Esta segunda cuestión no plantea mayores problemas desde la perspectiva jurídica. Sí los suscita, sin embargo, la pretensión de establecer un listado de derechos y deberes. En primer lugar debe tenerse presente que, a diferencia de lo que ocurre en algunos estados federales, en España los derechos fundamentales proclamados en la Constitución obligan directamente a todos los poderes públicos –y a los ciudadanos–; también tienen este efecto directamente vinculante los derechos contenidos en tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado español. Todos estos textos son directamente aplicables a los ciudadanos de las CCAA con independencia de lo que pueda establecer el Estatuto respectivo.

Esto no significa que los Textos estatutarios, en su condición de normas institucionales básicas de la respectiva comunidad autónoma, no puedan incluir también derechos de los ciudadanos y de las personas en general que orienten y limiten la actuación de los poderes públicos autonómicos[4]. Pero, la incorporación de derechos en el Estatuto tiene que respetar tres limitaciones constitucionales fundamentales: en primer lugar, debe respetarse la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE –ya que el Estatuto, aunque ley orgánica, no puede desempeñar esa función–; en segundo lugar, esos derechos estatutarios y sus desarrollos y aplicación deben respetar las condiciones básicas que el Estado haya establecido para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1 CE) y, finalmente, el Estatuto debe ser coherente con la función constitucionalmente atribuida al Estatuto en tanto que norma institucional básica de la comunidad autónoma, es decir, en tanto que norma dirigida primordialmente a los poderes públicos de Cataluña. Es cierto que no se puede descartar que el Estatuto, atendida su condición de norma estatal, al mismo tiempo que vincula a los poderes de la CA, indirectamente también produzca efectos sobre el ejercicio de determinadas competencias del Estado en la CA (piénsese, por ejemplo, en determinados derechos lingüísticos), pero su función constitucional fundamental es la de limitar a los poderes autonómicos.

[4] Ciertamente, los derechos y principios rectores no aparecen entre las materias que, según el artículo 147.2 CE, deben formar parte de los Estatutos de Autonomía; sin embargo, como han demostrado en la pràctica la totalidad de los Estatutos en vigor, la relación de materias contenida en este precepto constitucional es de mínimos, no de máximos; el límite material establecido por la Constitución es el caràcter de norma institucional bàsica previsto en ese mismo artículo.

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 248



A partir de estas premisas, ciertamente abiertas y no plenamente pacíficas en la doctrina, creo que los derechos que pueden incluirse en el Estatuto son los que afectan a materias respecto de las que el Estatuto atribuye competencias a la CA (derechos relacionados con la sanidad, los consumidores y usuarios, la educación, derechos lingüísticos, medioambientales, etc.). Se trata en muchos casos de derechos contenidos ya en la actualidad en leyes autonómicas que de este modo adquieren rango estatutario y, lo que es más relevantes, se trata en su mayoría de derechos distintos de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

Eso no significa que en algún caso no puedan concretarse en el Estatuto aspectos relacionados con derechos fundamentales que afectan a ámbitos en los que la CA tiene competencias y en los que, muy a menudo, se requiere una ley autonómica para su completa aplicación. Piénsese, por ejemplo, en derechos de participación política en instituciones autonómicas, en derechos relacionados con el derecho a la educación o en derechos de acceso a las Administraciones públicas de la CA o de los entes locales. El Estatuto puede concretar esos derechos en el ámbito territorial de la CA y añadir facultades específicas, siempre que no invada ámbitos reservadas a las leyes orgánicas del artículo 81. No deben incorporarse en cambio derechos que afectan a ámbitos materiales en los que la CA no tiene ninguna competencia: en este caso cualquier añadido al contenido constitucional u orgánico podría plantear problemas de extralimitación del Estatuto y su reproducción literal sería rigurosamente superflua ya que como se ha dicho estos derechos vinculan directamente *ex constitutione*, no porque así lo establezca el Estatuto.

Como es obvio, los problemas que plantea la incorporación de derechos en los Estatutos no se agotan en los derivados del necesario respeto a los límites constitucionales. Pero estos problemas desbordan el objeto de mi exposición. Únicamente quisiera plantear la cuestión de las garantías de los derechos estatutarios, ya que tiene incidencia con los límites constitucionales. En efecto, si quieren incorporarse derechos parece exigible que junto a ellos se establezcan las correspondientes garantías. Pues bien, frente a las posibles vulneraciones producidas por la actividad no legislativa de los poderes públicos de a Comunidad Autónoma es claro que la garantía debe ser la dispensada por los órganos y procedimientos de la jurisdicción ordinaria, aunque cabría completarla con la existencia de una institución estatutaria independiente que podría actuar como instancia previa a través de un procedimiento sumario, con suspensión de plazos para poder recurrir ante la jurisdicción ordinaria, que velaría por la integridad de los derechos estatutarios adoptando decisiones vinculantes para los poderes públicos y como instancia arbitral en las relaciones entre privados.

En cuanto a la actividad legislativa o, mejor, a las normas con rango de ley, cabría pensar en una fórmula de control previo y vinculante, al modo del Consejo Constitucional francés, ejercido por un organismo independendiente *ad hoc.* En cambio, no creo que pueda articularse una espe-

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 249



cie de Tribunal de garantías estatutarias, dada la implicación en algunos casos de derechos fundamentales y las dificultades prácticamente insalvables de delimitar con precisión los tramos propios de los derechos fundamentales y los tramos autonómicos a efectos de residenciar el conocimiento de sus vulneraciones en uno u otro Tribunal, sobre todo teniendo en cuenta la supremacía de la competencia del Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales.

Dos palabras, para finalizar, respecto del artículo 150.2 CE. Como ya he avanzado, si la delimitación competencial se hace bien, su utilización puede reducirse a tres o cuatro materias. En estos pocos casos caben, en principio, tres formas de aplicación de este precepto constitucional: la menos complicada desde la perspectiva de los límites constitucionales es, sin duda, la tramitación paralela de la reforma estatutaria y las leyes de transferencia. Las otras dos alternativas son: establecer en el Estatuto un mandato, que en realidad es una mera recomendación dirigida al legislador estatal para que dicte la pertinente ley de transferencia. Yo no creo que esté constitucionalmente vetado introducir en un Estatuto este tipo de cláusulas –que, como he dicho, no son desconocidas en los actuales Estatutos– aunque en este caso el peligro es el de la ineficacia jurídica; es decir el del incumplimiento del mandato, para el que hoy por hoy no existe sanción posible. La tercera posibilidad consiste en incorporar al Estatuto la transferencia; se trataría de introducir en una disposición adicional o en un anexo al Estatuto una proposición de ley orgánica de transferencia de funciones dirigida a las Cortes Generales. Tras la aprobación por las Cortes siguiendo el procedimiento del artículo 150.2 CE, el Estatuto debería incorporar una disposición final en la que se declarase la naturaleza de ley orgánica de transferencias de la disposición adicional o del anexo en la que se contenga la delegación. Sin embargo, para que esta operación sea constitucionalmente legítima se requiere prever que el precepto estatutario en cuestión puede ser modificado o derogado por el Estado unilateralmente en cualquier momento sin necesidad de someterse a los mecanismos de reforma estatutaria. Esta tercera solución, sin duda más garantista para las CCAA, plantea el problema de que el Estatuto tendría en su seno disposiciones de naturaleza diversa; con todo, a mi juicio, este problema sería más de técnica legislativa que de constitucionalidad, ya que no existe ninguna regla constitucional que impida esa fórmula y los principios constitucionales, expresos o tácitos, relativos a las funciones constitucionalmente atribuidas a los Estatutos y a su posición en el sistema de fuentes no resultan suficientemente incontrovertibles en este caso como para fundar una tacha tan grave como es la de la inconstitucionalidad. Tampoco las diferencias en cuanto a la tramitación de las leyes de transferencia y las de reforma estatutaria (que, salvo la exigencia de referéndum, no se halla ni en la Constitución, ni en los Reglamentos de las Cámaras, sino en una resolución de la Presidencia del Congreso de 16 de marzo de 1993) plantean, creo, problemas insalvables ya que o bien no afectan a cuestiones que alteran aspectos fundamentales relativos al

11233-250-Estado autonómico43 14/10/05 16:01 Página 250



protagonismo de esas Cámaras o bien la disposición adicional o el anexo que contienen la transferencia pueden seguir una tramitación parcialmente específica.

En cualquier caso, el debate relevante sobre la transferencia de competencias es el de fondo (qué competencias pueden transferirse y con qué controles), no el del instrumento a través del cual se producen, de modo que si la incorporación de las mismas en el Estatuto suscita dudas desde la perspectiva de su corrección procedimental, es preferible tramitarlas en paralelo a la tramitación de la reforma estatutaria[5].

[5] *Vid.* Jesús Leguina Villa, «La transferencia o la delegación de competencias estatales por medio del Estatuto de Autonomía», en *Estudios sobre la reforma del Estatuto,* ob.cit., pág. 199 y ss.

11251-256-Estado autonómico44 14/10/05 16:03 Página 251

# REFORMA ESTATUTARIA Y REFORMA CONSTITUCIONAL

**María Luisa Balaguer Callejón**
*Catedrática de Derecho Constitucional*
*Universidad de Málaga*

## I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de una reforma constitucional se viene tratando por la doctrina desde el X aniversario de la Constitución. En algunos casos, desde prácticamente cumplidos los primeros años de la aprobación de la CE se han venido organizando congresos y jornadas científicas, que han intentado revisar desde la dogmática jurídica, tanto las insuficiencias meramente textuales, como las de fondo, con propuestas alternativas a las vigentes. Pero, sin duda, es el transcurso del tiempo, y en este sentido el cumplimiento del XXV aniversario, el factor fundamental que ha influido en este momento de pensamiento generalizado acerca de la necesidad de una revisión constitucional y estatutaria. El transcurso de estos años ha evidenciado en primer lugar la disfuncionalidad de algunas instituciones, visible desde prácticamente su inicio, como la falta de adecuación del Senado a su función actual en un Estado Autonómico. En segundo lugar, la influencia de las transformaciones sociales y políticas de otras instituciones: el desarrollo del Estado Social adquiere una impronta acerca de los derechos de las minorías que los sitúa en el primer plano de la agenda política, (regulación de matrimonios sin adscripción de sexo, desigualdad compensatoria por razón de género, garantías procesales). Las transformaciones y la progresividad del derecho europeo, influyen en las instituciones y el sistema de fuentes del Estado. Todo ello en fín, propende a la necesidad de resituar el derecho en relación con el nuevo escenario del siglo XXI.

Una vez establecida dogmáticamente la exigencia de la reforma constitucional, es importante su asunción en el plano político. Si solamente un partido estatal ha asumido esa exigencia, lo cierto es que una vez estimada esa necesidad, el resto de las formaciones políticas se dejan llevar por la inercia de esa posición en un intento razonable de no perder fuerza política en esa iniciativa. Por lo que se refiere a los EEAA la dinamicidad propia del sistema económico, presenta la reforma estatutaria como recurrente en el plano político en la medida en que esta reforma se asocia ineludiblemente a un mayor techo competencial, y mantiene por lo tanto un matiz propiamente reivindicativo.

Así planteada la situación, los próximos tres años se conciben sin duda de importantes debates en torno al alcance de las reformas, y de las propuestas combinatorias posibles en relación a las posibilidades de las reformas de

11251-256-Estado autonómico44 14/10/05 16:03 Página 252



los Estatutos en función de las reformas de la Constitución. Destacadamente podemos decir que si hay reforma constitucional, ésta podría determinar en buena medida las reformas estatutarias, pero como el calendario es paralelo, este proceso va a estar permanentemente interferido en lo que se refiere a la modelización del diseño constitucional como condicionante del contenido estatutario. Por otra parte, el alcance de la reforma constitucional precondiciona jurídicamente la reforma estatutaria, pero desde el punto de vista político está ocurriendo justamente todo lo contrario: es el empuje de ciertas CCAA lo que está introduciendo el debate acerca de una reforma constitucional de mayor alcance que la que el Gobierno ha adelantado en su programa político. La reducción a estas cuatro cuestiones, sucesión a la Corona, enumeración de las CCAA introducción cuasinominal de la Unión Europea y reforma del Senado, deja intangible un modelo constitucional que ha manifestado algunas disfunciones institucionales, y elimina la posibilidad de una importante revisión técnica, a veces sin mayores consecuencias, como puede ser puramente la revisión lingüística. Por contener el tema del lenguaje una exigencia de género que supongo poco tratada en este Congreso, aludiré a la exigencia y necesidad de que en un Estado Social se considere específicamente el problema de la perspectiva de género en la Constitución y en los Estatutos.

## II. LA EXIGENCIA DE LA REFORMA ESTATUTARIA EN ANDALUCÍA

La reflexión acerca del contenido necesario de una reforma en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, exige el concurso de factores políticos y jurídicos de muy diversa consideración.

Para empezar, no todas las fuerzas políticas consideran que el límite de la reforma está en la Constitución. Algunas exigen reformas constitucionales y aun las que consideran como límite la Constitución, estiman a la vez que la reforma constitucional paralela, bien podría abordar algunos aspectos que se han mostrado poco funcionales como la reforma de la Cámara Alta.

Con todo, plantearse una reforma de un texto legislativo, después de mas de veinte años, y dándose además las circunstancias de la transición política, que obligaron las mas de las veces a utilizar una terminología ambigua que permitiera el consenso de las fuerzas políticas, exige una revisión de todos los aspectos formales del texto.

En ese sentido podemos distinguir entre una reforma de estos aspectos, y una reforma que afecte al contenido estatutario.

## III. LOS CONTENIDOS POSIBLES DE LA REFORMA

Dentro de las posibilidades que la Constitución permite, la reforma de un Estatuto de Autonomía tiene unos límites perfectamente marcados en el Título Preliminar y en el Título Octavo. Pero si el proceso de reforma de la Constitución es paralelo al de reforma estatutaria, esas posibilidades se pueden

11251-256-Estado autonómico44 14/10/05 16:03 Página 253



ampliar considerablemente. Con todo, no parece que el contenido de esa posible reforma constitucional vaya a ir mas allá de aquellos aspectos concretos que se han anunciado repetidamente por el Gobierno, y en función de los cuáles, la única repercusión sustantiva que tendría esta reforma para las CCAA afectaría a la composición y funciones de la Cámara Alta.

Por consiguiente, los términos de una reforma estatutaria dentro del contenido constitucionalmente admisible, vendrían determinados por todos aquellos aspectos que pueden ampliarse hasta donde la Constitución permita.

Así, en cuanto a las competencias, el Estatuto podría detallar bastante mas de lo que está constitucionalmente, cada competencia autonómica con criterios que seguramente están ya muy consolidados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que pueden garantizar un desarrollo autonómico mas pleno.

En cuánto a la financiación autonómica, parece oportuno a esta distancia histórica de la aprobación de los primeros Estatutos, que se tenga una certeza por parte de las CCAA de cuál es el modelo de financiación autonómica suficiente para subvenir a sus necesidades.

Y en la articulación territorial del Estado, esta reforma debería también comprender una forma más acabada de regular la articulación del territorio en nuestra comunidad autónoma, habida cuenta de la situación por la que atraviesan los entes locales y provinciales.

## IV. LOS ASPECTOS FORMALES

### IV.1. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

La exigencia de una terminología que permitiera la aceptación de la diversidad de los grupos políticos que participan en el proceso de la transición, tuvo como consecuencia la plasmación en los Estatutos de Autonomía, y particularmente en el de Andalucía, de una serie de términos que hoy no parecen los mas adecuados a nuestra realidad social. Despejadas ya algunas incertidumbres respecto de la evolución del Estado Autonómico, pueden suprimirse esas expresiones que no tiene mucho sentido mantener.

### IV.2. CAMBIOS EN LA REALIDAD SOCIAL

Dentro de la supresión de elementos superfluos del contenido estatutario, estarían igualmente aquellos otros que hoy no se corresponden con la realidad de nuestro pueblo, como puede ser la consideración de la emigración. El Estatuto de Autonomía para Andalucía considera en su art. 12.4 que la emigración de los andaluces ha de ser asistida por la Comunidad, y las actuales condiciones de nuestra Comunidad Autónoma exigen ahora el tratamiento de la emigración de personas del tercer mundo que entran ilegalmente en nuestro territorio.

11251-256-Estado autonomico44 14/10/05 16:03 Página 254



## IV.3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Finalmente, dentro de las cuestiones lingüísticas cabe un importante factor de transformación estatutaria que lo constituye el lenguaje de género. Como veremos, la perspectiva de género no se agota ni muchos menos en el lenguaje, pero desde luego, es una exigencia congruente con el propio ordenamiento jurídico de Andalucía, la corrección en términos puramente gramaticales del Estatuto introduciendo un lenguaje neutro.

La construcción del derecho se mantiene desde la posición identificativa de que lo masculino es lo neutro. De tal manera que la igualdad de la mujer históricamente ha supuesto la extensión de la propiaceptividad masculina a las mujeres, que también participaban del universo masculino, entendido como universal. Pero lógicamente, lo masculino no es universal, sino solamente masculino, por lo que la ausencia de una construcción del derecho solamente desde la propiaceptividad masculina, ha tenido consecuencias muy disfuncionales para la incorporación de la mujer a la sociedad, con la aceptación de esos valores como universales sin serlo.

Es necesario analizar los textos legales desde la perspectiva de género, para reconstruir el derecho desde una visión cosmogónica integradora de mujeres y hombres. Solamente así el derecho será de la humanidad, y no de los hombres o de las mujeres. Y esto ha de iniciarse desde la Constitución misma, para luego irse integrando en el resto del ordenamiento jurídico.

Y para comenzar esa revisión, lo primero es el análisis del lenguaje. La innominación de la mujer en el Estatuto, debe corregirse con un lenguaje lo mas neutro posible y avanzar en la búsqueda de términos lingüísticos que favorezcan la neutralidad.

Ahora bien, el análisis de género del Estatuto de Autonomía es una tarea muy difícil, porque el discurso de la igualdad excede de manera considerable de la dimensión jurídico-estatutaria. La igualdad de género toca los fundamentos mismos del sistema democrático, que debe preguntarse si es posible un modelo de Estado Social que ignore la paridad de género, tanto en su dimensión política, (participación electoral, promoción política), como en la dimensión privada de reparto de roles sociales ahora mismo insuperables para la mujer.

Con todo, es necesario proponer la revisión del lenguaje de género en el Estatuto de Autonomía, siquiera sea para ser lingüísticamente correctos con la situación actual del poder en las instituciones de Andalucía. Un gran número de Consejerías, escaños parlamentarios y cargos públicos, son sistemáticamente nominados en masculino por el Estatuto de Autonomía de forma perfectamente anacrónica.

El momento político en el que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Andalucía, no permitía analizar las cuestiones de género, porque se estaba en una situación todavía muy incipiente del movimiento feminista en la reivindicación política. Los problemas derivados de una tramitación

11251-256-Estado autonómico44 14/10/05 16:03 Página 255



casi paralela de la ley de Divorcio, las reivindicaciones sobre una ley del aborto, y la lucha por los derechos laborales centraban casi exclusivamente la actividad feminista de la década de los ochenta. Es a partir precisamente de la aprobación de esas leyes, cuándo se vuelve la mirada a la actividad política de las mujeres, y se inician los debates acerca de la participación política de la mujer.

Y en ese sentido, uno de los principales problemas que plantean los textos legales de aquel momento hace referencia al lenguaje, que en su práctica generalidad ignora la presencia de la mujer en la sociedad. De ahí que intentemos ver la reforma también en el lenguaje del Estatuto y en la posibilidad de buscar la igualdad en el texto del Estatuto.

Ahora bien, la modificación del lenguaje en los textos legales admite diferentes posibilidades. Se puede hablar en un primer nivel de modificación, que consiste en la búsqueda de un término neutro que comprenda a la vez a los dos géneros, como «presidencia», «consejería», o «secretaría». En estas palabras se trata sencillamente de sustituir el masculino o femenino, presidente/a, por un sustantivo que aglutine a ambos géneros. De un segundo nivel de modificación, en el que no hay un término neutro que pueda ser comprensivo de esa realidad. En este caso, la posibilidad de buscar un término comprensivo hay que determinarla en función del contenido semántico, que puede proporcionar otra palabra similar. Finalmente, hay algunas situaciones que no permiten ni siquiera esa sustitución semántica, por lo que el nivel de dificultad de esa exigencia de género tiene que determinarse en función de una toma de decisión política al respecto.

Como propuesta en un primer paso para la consecución de una igualdad terminológica de género, se debe proceder a un barrido lingüístico que modifique ese primer nivel. Se trata de una sencilla lectura del Estatuto en la que se sustituyen los términos susceptibles de equiparación de género.

En el Preámbulo donde dice «el derecho de todos los andaluces a la autonomía», que se podría cambiar por «el derecho de todos los hombres y mujeres del pueblo andaluz».

En el art. 12.2 se ven posibilidades de una reforma mas sustantiva. Al final de este párrafo se añadiría «Por una ley del Parlamento Andaluz se regularán los derechos de la mujer en el marco de este Estatuto de Autonomía». Es sin duda la reforma que obligaría a la desigualdad compensatoria apoyada en el mismo Estatuto. Y dado que el IAM se crea en la Ley de los Presupuestos de la CA de Andalucía del año 88, (Ley 10/1988, de 29 de diciembre), se podría plantear también el reconocimiento formal de este Instituto en el Estatuto.

En el art. 13, Pf. 21 cuando se habla de las competencias en materia de salud, se podría agregar «la ley que regule la salud de Salud, tendrá en cuenta las peculiaridades de la salud de la mujer en el tratamiento de los embarazos y menopausia».

11251-256-Estado autonómico44 14/10/05 16:03 Página 256



También en el art. 13. Pf. 22 se podría añadir además a este pf. lo siguiente: «la planificación familiar se regulará teniendo en cuenta la igualdad de acceso de la mujer al mercado de trabajo».

El art. 29, junto al 12.2 es el que presenta mayores posibilidades de reforma en el orden práctico. Al hablar de la regulación electoral, se podría añadir un pf. que dijera: «la ley tendrá en cuenta las candidaturas en las que concurra una paridad de género».

El art. 30 pf. 9 tiene difícil reforma, pero sería deseable encontrar un término que facilitara el lenguaje neutro. En lugar de «Presidente» poner «la Presidencia».

Igual problema plantea ya todo el Capítulo III.

El 44.1 permitiría una adicción al pf. 1 que diría «para ello deberá tener en cuenta el impacto de género».

El art. 46 también plantea problemas de lenguaje. El Defensor del Pueblo difícilmente admite un término neutro.

El Título III mantiene un lenguaje masculino para todas las instituciones: Presidente del TSJA, notarios y registradores, Secretarios Judiciales, etc.

Por lo tanto, desde el punto de vista del género, se debería:

1. Perfilar la redacción de forma que el lenguaje fuera lo mas neutro posible desde el punto de vista del género.
2. Integrar en el Estatuto la posibilidad de una ley de los derechos de la mujer.
3. Integrar asimismo algunas instituciones de defensa de la mujer, como el propio IAM.
4. Reconocer el impacto de género.
5. Dar entrada a la paridad electoral.

## V. CONCLUSIONES

La propuesta que se hace en este trabajo es relativamente sencilla, pero supone un importante avance en materia de igualdad de género. La denominación en términos comprensivos a la vez de mujeres y hombres en las instituciones, corrige en nuestra norma autonómica una insuficiencia que ya está admitida en todos los libros de estilo y los manuales de las administraciones públicas, hasta el punto de que no se considera correcta la denominación con ignorancia del género en la correspondencia oficial. Pero este primer nivel no debe hacernos olvidar, que aquí no se agotan las posibilidades de la igualdad de género en los textos legales. La deconstrucción del derecho exige además entrar en los contenidos concretos y determinados de cada norma para averiguar si, en ese contenido, se han producido también desigualdades a causa de la perspectiva de género.

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:10 Página 257

# LA INTERMINABLE FORJA DE LA AUTONOMÍA. EL CASO DE ARAGÓN

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

Vivimos tiempos de cambio en la estructura autonómica del Estado español. Sin duda el protagonismo pertenece ahora a las Comunidades de autonomía plena inicial que se formaron al amparo del art. 151 CE. Pero también el debate sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía surge con fuerza en tiempos recientes, agotados los efectos de la segunda reforma de los Estatutos correspondientes a las Comunidades Autónomas de autonomía inicial restringida desarrollada entre los años 1996-2000, formulándose en el marco de concretas ofertas electorales en las elecciones autonómicas o generales que han tenido lugar los dos últimos años. El Estatuto Autonómico aragonés ha experimentado ya dos reformas, y sin embargo «la forja de la autonomía» continúa en el primer plano político en esta Comunidad Autónoma.

## LAS EXPERIENCIAS REFORMADORAS DE LA AUTONOMÍA ARAGONESA

Aunque la II Legislatura en la Comunidad Autónoma aragonesa contempló ya varios intentos reformadores frustrados, la III se inició de nuevo con propósitos de reforma estatutaria, pero tras la reciente experiencia del anterior período legislativo, ahora todo parecía depender de las posibilidades de un acuerdo estatal entre las fuerzas políticas mayoritarias con implantación en todo el territorio nacional. Se estaban fraguando los nuevos Acuerdos Autonómicos que, quizá sin ser tan decisivos como los Pactos de julio de 1981, por el momento histórico en que éstos se realizaron, han de ser suficientemente valorados por la importancia que tuvieron para el desarrollo autonómico español cuando fueron firmados por el Gobierno socialista, el PP y el PSOE el 28 de febrero de 1992. El consenso, que dio sus frutos en un momento crucial para el relanzamiento de la construcción del Estado Autonómico, prestaba ahora sus virtualidades para reordenar homogéneamente la descentralización política del Estado.

Como es sabido, estos Acuerdos pretendían básicamente ser una vía general para encauzar la ampliación de competencias de las Comunidades que se habían formado por el procedimiento del art. 143 CE, una vez cumplido con creces el plazo de espera marcado por el art. 148.2 CE. Más en concreto, los Acuerdos tenían como objetivos (i) «ultimar, de acuerdo con las previsiones constitucionales, la definición concreta del

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 258



desarrollo del Título VIII de la Constitución, de manera que se afiance un funcionamiento integrado y estable del estado autonómico en su conjunto», (ii) «dar satisfacción a las aspiraciones de asunción de nuevas competencias, expresadas por las Comunidades Autónomas del artículo 143, racionalizando la distribución de competencias desde el respeto a la identidad y peculiaridad de cada Comunidad y cumpliendo, al mismo tiempo, con el principio de no discriminación entre los diversos territorios», y (iii) «perfeccionar el funcionamiento del Estado Autonómico, dotándole de procedimientos, mecanismos e instrumentos que hagan posible una creciente eficiencia de las distintas Administraciones Públicas en el servicio a los ciudadanos e impulsando el comportamiento político entre los diversos poderes territoriales, mediante el cual se logre un reforzamiento de la cohesión interna y un desarrollo del principio de cooperación». Y para llevar a cabo dicha ampliación de competencias, los Acuerdos Autonómicos preveían un procedimiento desdoblado en dos fases. La primera, la aprobación por las Cortes Generales de una Ley Orgánica de delegación o transferencia, de acuerdo con el art. 150.2 CE, que incluiría las materias que eran objeto de la ampliación competencial. Luego, en una segunda fase, dicha ampliación competencial se incorporaría a los Estatutos de Autonomía, mediante su correspondiente reforma. Se trataba de una solución integradora que soslayaba algunos de los problemas que planteaba la aplicación del art. 150.2 CE, al incluir la reforma de los Estatutos, y, por tanto, la asunción de estas competencias por la Comunidad Autónoma en su norma institucional básica.

Poco tiempo después de los Acuerdos Autonómicos, las Cortes aragonesas decidieron dar otro impulso a la reforma estatutaria con la creación de una nueva «Comisión especial para la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón». En los planteamientos iniciales del nuevo intento reformador imperaba, como es fácil entender, una gran cautela, quizá sospechando las dificultades que se presentarían para lograr un acuerdo entre todos las fuerzas políticas. Y así fue, pues la Comisión terminó en unos meses su trabajo presentando un texto que ni siquiera llegó a ser votado por la Cámara.

A punto de finalizar el año 1992, y en cumplimiento de lo establecido por los Acuerdos Autonómicos, se aprobó en las Cortes Generales la Ley Orgánica 9/92, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, cuyo objeto, señalaba su art. 1, era «transferir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Constitución, competencias de titularidad estatal a diversas Comunidades Autónomas». Conviene resaltar la importancia de esta ley para la Comunidad Autónoma aragonesa pues, por un lado, aumentó de una forma notable sus competencias, abriendo un nuevo proceso de traspaso de servicios, personal y recursos financieros; y por otro, en cumplimiento del procedimiento establecido en los Acuerdos Autonómicos, se abría la posibilidad

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 259



de pasar a la fase posterior en la que el Estatuto aragonés, mediante su reforma, asumiría el contenido competencial transferido por la Ley.

A partir de esta nueva perspectiva, era lógico pensar que la reforma estatutaria en Aragón había de entrar en una dinámica distinta, consecuente con las decisiones legales adoptadas.

Y así fue. En febrero de 1993, al iniciarse el segundo período de sesiones parlamentarias, es admitida a trámite por la Mesa una proposición de ley de reforma del EAAr, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular: se trataba de una reforma parcial que afectaba a los arts. 35, 36, 37 y 41 del EAAr, y venía a dar cumplimiento al procedimiento establecido en los Acuerdos Autonómicos de febrero de 1992, incorporando ahora al texto del Estatuto las competencias transferidas a la Comunidad Autónoma por la Ley Orgánica 9/92, de 23 de diciembre (paralelamente se presentó otra proposición por los Grupos Parlamentarios del Partido Aragonés y CAA-IU, que reproducía el texto completo elaborado por la Comisión especial, y que fue rechazada en el trámite de la toma en consideración).

Con no pocas dificultades y debates el proyecto de reforma fue finalmente votado afirmativamente por el Pleno de las Cortes de Aragón, pasando luego a su tramitación como Ley Orgánica en las Cortes Generales, que terminaron aprobando la reforma en marzo de 1994. De esta manera, por primera vez desde su creación, la Comunidad Autónoma aragonesa, mediante la reforma de su norma institucional básica, aumentaba notablemente el marco competencial.

El último acto del proceso conformador de la Comunidad Autónoma aragonesa, que culminó con la reforma amplia del EAAr a finales de 1996, se inició en enero de 1994 a partir de las propias Cortes de Aragón, que propiciaron el renacimiento de la anterior Comisión especial para la reforma estatutaria. A partir de ese momento, tomando como punto de partida el texto que en su momento había sido elaborado por la citada Comisión especial, los Grupos Parlamentarios lograron la unanimidad para presentar a la Mesa de las Cortes de Aragón una propuesta de reforma del EAAr. La tramitación parlamentaria de este proyecto finalizó con la aprobación unánime de la proposición de ley de reforma del EAAr por el Pleno de las Cortes. A partir de este momento, el proceso de reforma abandona las Cortes aragonesas, institución que lo inició, cobijó e impulsó desde los primeros intentos. Y quizá sea éste el momento de advertir que si ha habido algún rasgo que fuera capaz de singularizar el desenvolvimiento de estos procesos reformadores de la autonomía aragonesa, ese ha sido su «parlamentarismo», en el sentido de que, más allá de constituir el marco idóneo, el protagonismo político fue asumido casi en exclusiva por las Cortes de Aragón; de ellas han surgido las principales iniciativas y en su seno se han desarrollado los fundamentales debates políticos sobre la reforma del Estatuto.

Restaba, no obstante, la aportación de la voluntad de las Cortes Generales. Y la verdad es que la tramitación parlamentaria de los textos estatuta-

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 260



rios aragoneses en el órgano de representación del pueblo español siempre ha sido lenta y azarosa; recuérdese, si no, la del Estatuto de 1982. También la de la reforma de 1996 sufrió atrasos inexplicados y desigual suerte en cuanto a sus ritmos.

La publicación en el Congreso de los Diputados del texto remitido por las Cortes aragonesas tuvo lugar aquel mismo verano del 94, pero ahí terminó la celeridad parlamentaria. Es de suponer que por razones de política legislativa –y hemos de establecer esta hipótesis porque ningún Grupo Parlamentario ofreció la más mínima explicación cuando se reanudó la tramitación parlamentaria– hubo que esperar hasta noviembre de 1995 para que se celebrara el debate de totalidad sobre la proposición de reforma estatutaria remitida por las Cortes de Aragón. Tal retraso dio lugar a que, mientras tanto, la III Legislatura de la Asamblea Legislativa aragonesa acabara su mandato y se celebraran nuevas elecciones autonómicas, que introdujeron algunos cambios significativos en la composición de las Cortes aragonesas, aunque el escenario de la reforma estatutaria se encontraba ya lejos de allí, en el Congreso de los Diputados, donde en noviembre de 1995 por fin tenía lugar el debate de totalidad sobre la propuesta de reforma del EAAr. Encomendado dictamen sobre la proposición de reforma a la Comisión Constitucional, y abierto el plazo de enmiendas, ya no hubo lugar a que ningún tipo de enmienda fuera presentada, y este fue el último trámite parlamentario posible: las Cortes Generales fueron disueltas a comienzos de 1996, siendo convocadas elecciones generales legislativas para el 3 de marzo de ese mismo año.

De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados (art. 207), los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara quedan caducados en caso de disolución de la Cámara; sin embargo, no ocurrió así con la proposición de reforma del EAAr. La Mesa de la Diputación Permanente, en su reunión del 17 de enero de 1996, acordó, con fundamento más que discutible, trasladar esta iniciativa a la Cámara que se constituiría en la VI Legislatura, para iniciar de nuevo su tramitación, justificando esta decisión en el hecho de que la proposición había sido remitida por una Asamblea Legislativa Autonómica (el problema es que no se tomó en consideración la circunstancia de que las Cortes de Aragón que presentaron la iniciativa de reforma en el verano de 1994 eran las de la III Legislatura, que habían desaparecido y dado paso a las de la IV Legislatura; las nuevas Cortes aragonesas no tuvieron así la ocasión de expresar su voluntad en cuanto a la iniciativa de reforma estatutaria).

De cualquier forma, lo verdaderamente importante, es que una vez constituida la VI Legislatura de las Cortes Generales, la proposición de reforma del EAAr fue tramitada y aprobada definitivamente en los últimos días de 1996. La Comunidad Autónoma de Aragón lograba al fin un notable desarrollo de sus posibilidades competenciales, a la vez que reformaba sus instituciones acomodándolas a la ya larga experiencia de quince años en el ejercicio de la autonomía. En cierto modo, esta reforma tuvo un sentido

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 261



simbólico pues fue la primera de una serie de reformas que tendrían lugar en los años siguientes en las Comunidades constituidas al amparo del art. 143 CE, y que seguirían el ejemplo aragonés.

En suma, podemos constatar que el Estatuto de Autonomía de Aragón –como la mayoría de los EEAA correspondientes a las CCAA de la llamada autonomía inicial lenta– ya se ha reformado en dos ocasiones, desarrollándose en ambas ocasiones en una situación de completa normalidad tanto institucional como política, favorecidas por la existencia previa de un amplio acuerdo político similar al que produjo los Pactos Autonómicos de 1981.

Y para entender la hora actual, hay que tomar como punto de partida el que nos encontramos en una situación dinámica, en absoluto estática, tanto de la autonomía aragonesa como del resto de CCAA de autonomía inicial lenta. Es verdad que en algo más de veinte años de desarrollo autonómico se ha alcanzado, salvo matices, la práctica equiparación del ámbito autonómico de las CCAA. No es casualidad, por tanto, que sean en este momento las CCAA de autonomía inicial por la vía del art. 151 CE quienes se encuentren en la dinámica de la reforma estatutaria (Cataluña y Andalucía, pues la propuesta vasca sobrepasa e ignora el marco constitucional establecido).

## EL MOMENTO ACTUAL DE LA REFORMA DE LA AUTONOMÍA ARAGONESA

Las actuales pretensiones aragonesas tiene como punto de partida y fundamento los resultados de una operación parlamentaria desarrollada al final de la pasada Legislatura. Fue entonces cuando el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 23 y 24 de mayo de 2002, a propuesta de la Mesa de la Cámara, de acuerdo con la Junta de Portavoces, y atendiendo a la solicitud de los Grupos Parlamentarios Socialista, del Partido Aragonés y Chunta Aragonesista, acordó la constitución de una *Comisión especial de estudio que tuviera por objeto la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés*.

De conformidad con lo establecido en el acuerdo del Pleno de las Cortes de Aragón, la Comisión debería finalizar sus trabajos en el plazo máximo de seis meses desde su constitución. Dado el número de comparecencias pendientes, la Comisión fue solicitando prórrogas hasta el plazo final del 20 de marzo de 2003, momento en el que el Pleno de las Cortes aprobó el Dictamen emitido por la Comisión.

La Comisión estuvo constituida por un representante de cada Grupo Parlamentario. En su plan de trabajo se incluía la elaboración de un dossier documental y la celebración de una serie de comparecencias.

Desde su constitución, el día 10 de junio de 2002, la Comisión ha celebrado un total de 23 sesiones, de las cuales 15 han sido sesiones de comparecencias.

Ante la Comisión han tenido lugar comparecencias de catedráticos y profesores de Derecho Constitucional, de Derecho Administrativo, de De-

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 262



recho financiero y tributario de diversas Universidades españolas. Por otra parte, personas responsables de políticas autonómicas de los partidos políticos y, finalmente, personas que han estado en el inmediato pasado político del país y que han aportado su visión sobre las materias objeto de estudio de la Comisión.

La decisión sobre quiénes debían comparecer se hizo proponiendo cada Grupo Parlamentario una serie de comparecientes, y finalmente, la Comisión consensuó una lista cerrada de personas para invitarlas a comparecer, con el fin de que expusieran unas reflexiones que servirían de base para conformar la opinión de la Comisión de cara a la elaboración del Dictamen final.

Ante la Comisión intervinieron, por ejemplo y entre otros, Manuel Aragón Reyes, Juan José Solozábal Echevarría. Miguel Roca i Junyent, Enric Argullol Murgadas, Eliseo Aja Fernández, Jordi Solé Tura, Gabriel Cisneros Laborda, Gurutz Jáuregui Bereciartu, Santiago Muñoz Machado, Juan Fernando López Aguilar, etc.

Como cuestión previa, la Comisión puso de manifiesto que en todo momento había tenido presente el mandato del Pleno de la Cámara que creó una Comisión especial de estudio, y que aspiraba a convertirse en un «foro de reflexión». Desde esta perspectiva, la Comisión avanzó en la elaboración del Dictamen, pretendiendo construir un estudio reflexivo sobre la situación del Estado Autonómico, examinando su origen, evolución y situación actual para aportar posteriormente una serie de propuestas que, a juicio de la Comisión, pueden contribuir a consolidar lo que ya es una realidad en nuestro país. Se ha constatado cómo el bloque constitucional supone la existencia de un marco jurídico que posibilita el ejercicio del autogobierno, presentando un gran dinamismo que permite una progresiva adaptación a las nuevas demandas y necesidades de nuestra sociedad. Es en este marco constitucional donde Aragón ha establecido sus instituciones de autogobierno y ha consolidado su autonomía, pero hoy debe dar respuesta a las nuevas circunstancias socioeconómicas, políticas, tecnológicas y culturales del último cuarto del siglo pasado que han modificado el contexto en el que nuestra Comunidad Autónoma ha de ejercer su capacidad política.

«Por ello –señala el Dictamen–, desde la convicción de la integración de nuestra Comunidad Autónoma en el Estado Autonómico, la Comisión apuesta firmemente por la colaboración, la cooperación y la lealtad constitucional mutuas entre los diferentes poderes, puesto que esto facilitará la elaboración de políticas avanzadas que habrán de dar a nuestra sociedad más cohesión, más justicia y más bienestar. De lo que se trata es de avanzar una serie de planteamientos, propuestas o recomendaciones que la Comisión estima pueden contribuir a corregir algunas de las carencias actuales del proceso autonómico y posibilitar dar satisfacción a la aspiración de una mayor capacidad de autogobierno de nuestra Comunidad Autónoma.

El Dictamen comienza con unas consideraciones generales sobre la Constitución de 1978 y la estructuración territorial del Estado, su evolución y la situación actual.

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 263



Para la Comisión, esta situación actual es el punto de partida inexcusable y su evaluación pone de manifiesto que «el sistema constitucional en el aspecto autonómico sigue abierto a día de hoy, puesto que determinados aspectos del mismo no han encontrado todavía la respuesta idónea y siguen planteando dificultades para la conceptuación total del Estado autonómico».

En concreto, la Comisión destaca los siguientes aspectos:

– BINOMIO LEGISLACIÓN BÁSICA/LEGISLACIÓN DE DESARROLLO. «El desarrollo constitucional se ha visto afectado por la mayor o menor ampliación que se ha venido dando a la legislación básica, y puede constatarse cómo en ocasiones las bases no se han limitado a establecer los criterios generales de ordenación de la materia correspondiente mediante una Ley de principios, sino que han constreñido el espacio de la legislación autonómica, que ha visto limitada su capacidad de regulación del sector».

– PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD. La doctrina sentada por el TC puede entrañar un riesgo para el Estado Autonómico y es que el Estado sufra cierta tendencia a ampliar el ámbito de lo básico, calificando como básicos preceptos a los que, en otro caso, no habría asignado sino una eficacia supletoria, lo que redundaría en una limitación del principio de autonomía.

– LOS TÍTULOS DE COMPETENCIAS TRANSVERSALES. Se hizo una interpretación amplia del artículo 149.1.1.ª, dándole en la práctica un carácter transversal que ha permitido al Estado, con la conformidad del Tribunal Constitucional, incidir en materias sobre las cuales no tiene competencia. Sin embargo, tras la trascendental Sentencia 61/1997, el Tribunal abordó el alcance de la regla contenida en el párrafo primero del artículo 149.1 y, así, niega su condición de título horizontal y proclama de manera rotunda su carácter de título competencial autónomo y constreñido al ámbito normativo. Para ello se hace la distinción entre la regulación en sentido estricto de los derechos y deberes y la de los sectores materiales en la que estos se insertan. Al Estado sólo estaría atribuida la competencia para regular los primeros. De esta forma se evita convertir al título en cuestión en horizontal, que permitiría un desapoderamiento generalizado de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas. Esta interpretación colabora a la concepción de la autonomía política como medio para fortalecer la unidad de la Nación y la libertad de los ciudadanos, convirtiéndose la cláusula del artículo 149.1.1.ª en garantía de libertad para ellos.

– MECANISMOS DE COOPERACIÓN. La inexistencia de instituciones y técnicas eficaces para las relaciones intergubernamentales entre las CCAA y de éstas con el Estado son el punto débil de toda la estructura autonómica. Problema especial del Senado y de la participación autonómica en los asuntos de la Unión Europea.

A partir de este análisis de la situación actual la Comisión realiza las siguientes **PROPUESTAS**, cuyo contenido básico transcribo:

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 264



## I. EN RELACIÓN CON LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

### A) LEGISLACIÓN BÁSICA

Una característica del Estado Autonómico en la actualidad es que, efectuadas las iniciales transferencias, casi todas las competencias son compartidas, articulándose la distribución competencial a través del binomio legislación básica/legislación de desarrollo. En el apartado tercero hemos analizado cómo el Tribunal Constitucional ha venido acotando el carácter de lo «básico», pero, aun sometiéndose a los requisitos establecidos por nuestro Alto Tribunal, el legislador estatal ha interpretado de forma muy amplia esta competencia dejando poco espacio para la potestad legislativa autonómica.

La Comisión estima que el concepto de bases debería limitarse a unos principios o reglas de carácter muy general a partir de los cuales correspondería a la Comunidad Autónoma adoptar su propia política legislativa.

### B) RESERVAS DE LEY ORGÁNICA

Por otra parte, las reservas de ley orgánica previstas en la Constitución de 1978 podrían interpretarse en sus términos estrictos, es decir, sin excederse de la regulación esencial o nuclear de la materia en cuestión. El Tribunal Constitucional ha avalado la tesis de que un criterio formal (ley orgánica) no debe prevalecer sobre otro material (distribución de competencias), por lo que la Comisión, haciéndose eco de esta doctrina jurisprudencial, estima que el legislador estatal debería incluir en la regulación orgánica aquellas materias que forman parte estrictamente del núcleo esencial e irreductible del ámbito atribuido a ley orgánica, reservando el resto de espacio a la ley autonómica.

### C) LOS TÍTULOS TRANSVERSALES

Las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ámbito económico y, especialmente, en el sector industrial han tenido una interpretación estrecha en ocasiones, por el gran protagonismo de las decisiones estatales. La Comisión es consciente de la necesidad de actuaciones macroeconómicas que superan el ámbito estrictamente territorial de Aragón, pero estima que esto no debería reducir la actuación de la Comunidad Autónoma. El principio de competencia estatal se podría atenuar mediante el establecimiento de mecanismos participativos en el proceso de decisión, sobre todo si éste ha de tener un impacto espacial en los sectores económicos aragoneses. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado en manos del legislador estatal la posibilidad de articular procedimientos de intervención autonómica.

### D) CAMBIOS SOCIOECONÓMICOS Y TECNOLÓGICOS

Cuando los constituyentes aprobaron la Constitución en 1978 no podían ni imaginar lo que iba a ocurrir en el mundo años después, sobre todo en

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 265



dos aspectos: la economía y la tecnología. Hoy, los movimientos de liberalización de los mercados están cambiando la base de las instituciones de Derecho público, y este cambio institucional no es indiferente para el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por otra parte, es necesario tener en cuenta límites que afectan a las decisiones relativas a la privatización de sectores o empresas adoptadas por las autoridades estatales, en la medida en que pueden afectar al respeto necesario a las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas. Y, por último, debe prestarse especial atención a la revolución tecnológica que afecta fundamentalmente a las comunicaciones y que postula un movimiento de universalización-globalización que relativiza el papel de las entidades estatales y más aún de las infraestatales.

Respecto a la liberalización el efecto inmediato ha sido la aparición de entidades nuevas que concentren poderes normativos, ejecutivos y de resolución de conflictos. Son las llamadas «Administraciones independientes», que no siempre son compatibles con el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La Comisión estima que frente a esta situación, uno de los remedios posibles sería que las agencias reguladoras creadas tengan no una estructura unitaria, sino una estructura en la que las Comunidades Autónomas participen.

En relación con las privatizaciones debe atenderse a si las decisiones de privatizar conllevan implícitamente la declaración de que la infraestructura no es de interés general, en cuyo caso sería procedente la transferencia de la misma a las Comunidades Autónomas, que serían las que decidirían ulteriormente sobre su titularidad y gestión, o, por el contrario, se sigue manteniendo el interés general, en cuyo caso se mantendría una gestión y regulación unitaria a escala del Estado. En consecuencia, la Comisión considera que estos supuestos deben motivarse y explicarse debidamente con ocasión de cada una de las decisiones que se adopten.

Por último, y en relación con la novísima tecnología de la comunicación, la Comisión cree que las Comunidades Autónomas no deben ser desplazadas con argumentos derivados de la necesaria regulación unitaria del tráfico jurídico que se produce en el ciberespacio. En los supuestos en que cuenten con competencias para regular ese tráfico en el espacio real, también podrán seguir utilizándolos para la ordenación del espacio virtual.

### E) AMPLIACIÓN COMPETENCIAL

En los veinte años transcurridos desde la aprobación del Estatuto de Autonomía, Aragón se ha consolidado como instancia de poder. Las competencias previstas en nuestro Estatuto de Autonomía han sido casi asumidas en su totalidad. Ahora bien, esto que puede significar que las previsiones constitucionales están prácticamente cumplidos no implica que el modelo esté agotado. La culminación del desarrollo constitucional nunca pude identificarse con el agotamiento del sistema, sino con su puesta a

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 266



punto para alcanzar todas potencialidades que se espera de él. Por ello, la Comisión estima que la profundización del autogobierno debería implicar la asunción por parte de la Comunidad Autónoma de todas las competencias posibles según la Constitución de 1978.

## II. PROTAGONISMO DEL PARLAMENTO

La calidad del autogobierno no depende únicamente de la actuación del Estado sobre el ejercicio de competencias autonómicas, sino también del ejercicio efectivo de las competencias propias atribuidas a cada Comunidad Autónoma en el Estatuto de Autonomía. El número y la entidad de las leyes aprobadas por nuestro Parlamento es apreciable y su incidencia real en los problemas de la Comunidad Autónoma notable. Pasados los primeros años de autonomía en que predominó la elaboración de leyes que organizaban las instituciones, van siendo más numerosas las que desarrollan competencias sectoriales. Sin embargo, falta todavía desarrollo de leyes básicas estatales, por lo que puede afirmarse que, tras veinte años de autonomía, Aragón no ha utilizado todas las posibilidades que ofrece el modelo de Estado.

El desarrollo del autogobierno exige agotar todas las posibilidades legislativas que son competencias de la Comunidad Autónoma aragonesa y que se han asumido en virtud del Estatuto de Autonomía. En este sentido, es necesario ejercer en su integridad la autonomía política y aprobar aquellas leyes que desarrollen competencias atribuidas estatutariamente, y dicho desarrollo debe hacerse por el órgano que tiene atribuida la potestad legislativa, es decir, por las Cortes de Aragón.

Por otra parte, debería pensarse en revisar parte de la legislación autonómica. Hay una serie de leyes de los años ochenta que siguen en vigor y deberían adecuarse al nuevo contexto competencial al que ha dado lugar esa Constitución inmutada, esa Constitución no reformada pero en constante evolución.

El Parlamento autonómico es la institución autonómica con mayor legitimidad porque es elegido por los ciudadanos y reúne a los representantes de todas las orientaciones políticas. Es necesario que consolide su perfil y ostente el protagonismo que en todo sistema parlamentario debe tener, utilizando para ello todos los recursos a su alcance.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que nuestro Estatuto de Autonomía es el único de todo el Estado que ha previsto la intervención específica de las Cortes de Aragón en el proceso europeo al atribuir a éstas «la recepción de la información que proporcionará el Gobierno de la Nación sobre tratados internacionales y proyectos de legislación aduanera», siendo fácilmente subsumible en la referencia a tratados internacionales el Derecho Comunitario. Desde este precepto estatutario, la presencia de nuestro Parlamento autonómico en los procedimientos de seguimiento y

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 267



evaluación parlamentaria de los asuntos europeos, tanto en la fase ascendente de formación de la voluntad del Estado, como en la fase descendente de ejecución de las políticas comunitarias, es obligada. Por ello, la Comisión plantea la necesidad de tener presente la «Tesis de Stuttgart» y, en concreto, en la afirmación contenida en su apartado primero, que invita a los Parlamentos regionales a colaborar de manera decisiva en la elaboración de la política europea en la medida en que avanza la europeización de la política, por lo que se indica a los poderes Ejecutivos que informen periódicamente a sus Parlamentos regionales sobre los asuntos de la Unión Europea que tienen importancia regional.

Por otra parte, los Parlamentos de las Regiones Europeas con competencias legislativas han asumido desde hace tiempo la necesidad de participar en la Unión Europea y sus Presidentes vienen celebrando reuniones periódicas que, bajo la denominación de CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales de Europa), tienen lugar todos años y van adoptando un cuerpo de resoluciones donde manifiestan su voluntad participativa y establecen los mecanismos adecuados para lograrlo.

Nuestro Parlamento ha participado activamente en estas iniciativas y la Comisión considera que es preciso continuar en la línea iniciada, puesto que esto garantizaría no sólo una mayor presencia de las Cortes de Aragón en el proceso europeo, sino también contribuiría a atenuar el «déficit» democrático tantas veces denunciado en relación con la Unión Europea.

## III. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN

Todos los comparecientes han señalado que la deficiencia más importante del Estado Autonómico consiste en que la descentralización del poder no ha ido acompañada de una articulación equivalente de los distintos poderes. Las causas hay que hallarlas en el propio texto constitucional que carece de precisiones al respecto o, más exactamente, previó unas pocas copiadas de la Constitución republicana de 1931, de carácter garantista, que sirven muy poco para abordar los problemas actuales. Así, existe una regulación de los convenios horizontales entre Comunidades Autónomas en el artículo 145.2, pero sus requisitos son tan elevados que dificultan su celebración. Introduce también una deficiente regulación del Senado y poco más. Si a eso le añadimos el propio curso del proceso autonómico que ha impuesto que, hasta el momento, se haya puesto el acento en el aspecto competencial dejando de lado la necesaria existencia de mecanismos de cooperación, el resultado es el cuestionado por la doctrina. La Comisión considera que es preciso examinar los instrumentos principales para avanzar en la articulación del Estado Autonómico.

### A) LAS CONFERENCIAS SECTORIALES

Son los órganos multilaterales de cooperación. Se hallan regulados en el artículo 5 de la Ley 30/92, modificada en 1999, donde se establece un ré-

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 268



gimen jurídico unitario, si bien se remite al acuerdo de institucionalización o al reglamento interno de cada conferencia. Ahora bien, estos reglamentos no pueden alterar el poder de convocatoria que se otorga al Ministro exclusivamente, por lo que se convierten en instrumentos dependientes del Poder central. Por ello, la Comisión considera que sería conveniente ampliar la legitimación a Comunidades Autónomas a efectos de convocatoria de las Conferencias Sectoriales.

### B) COMISIONES BILATERALES DE COOPERACIÓN

Previstas igualmente en el artículo 5.2 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común es necesario su potenciación. Creada la aragonesa en el año 2001, debería utilizarse como foro de encuentro y como instrumento de colaboración para impulsar programas y actuaciones para el desarrollo de políticas comunes y servir como vía de actuación preventiva para evitar conflictos y arbitrar propuestas de solución.

### C) CONFERENCIA DE PRESIDENTES

En pro del principio de cooperación gubernamental, se auspicia su institucionalización, puesto que además del alto valor simbólico y político que ostentaría, a afectos de integración, podría convertirse en el centro general de implantación e impulso de las diversas formas y medios de colaboración sectorial.

### D) SENADO

El Senado es la gran asignatura pendiente del Estado Autonómico. El Senado previsto en la Constitución de 1978 está pensado para un Estado centralizado, a pesar de su conceptuación como Cámara de representación territorial. Todos los comparecientes han abogado por la reforma del Senado y su conversión en una Cámara territorial. Ahora bien, la adopción de tal medida en cuanto supone una reforma de la CE requiere un clima de consenso similar al que se alcanzó en la elaboración del texto constitucional. Consenso y reflexión deben ser los principios inspiradores de un estudio serio que culmine en la necesidad de darle al Senado el papel que le corresponde en el Estado Autonómico.

La reflexión debería ir sobre la composición del Senado, optando por uno de los modelos existentes en los Estados descentralizados, es decir, el Senado como representación de los Ejecutivos autonómicos, el Senado compuesto por representantes de los Parlamentos o el Senado directamente elegidos por los ciudadanos u otra fórmula mixta. La opción por una u otra fórmula debería ser fruto de ese estudio que analizara las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas.

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 269



La Comisión estima conveniente apuntar las materias en las que el Senado debería tener una posición especial, y así, esta situación preferente debería darse en la elaboración de las leyes básicas, en las leyes del artículo 150.1 de la Constitución, es decir leyes de transferencia o delegación, e, igualmente, en las leyes y acuerdos de financiación, y sobre todo en los proyectos de reforma de los Estatutos de Autonomía, poniendo igualmente el acento en los procedimientos del artículo 155 de la Constitución de 1978, en la parte de control y en el campo de la acción europea.

Por otra parte, la conversión del Senado en auténtica Cámara de representación territorial significaría que, a través de él, las Comunidades Autónomas participarían en los órganos constitucionales tales como Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado, así como en los órganos estatales que proceda.

## IV. REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

El sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución de 1978 y en los Estatutos de Autonomía permite que el Estado retenga un núcleo de competencias ejecutivas, que ejerce globalmente sobre todo el territorio estatal y que posibilita la existencia de un aparato administrativo estructurado a escala territorial, lo que conlleva una duplicidad de medios personales y materiales en ocasiones notable.

Con el objeto de racionalizar y simplificar las estructuras administrativas, existe una creciente corriente doctrinal que defiende la denominada «Administración única» que permitiría que las funciones administrativas dependieran de una única Administración territorial autonómica. Cabe señalar que la Exposición de Motivos de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en su apartado VI, cita expresamente el objetivo de introducir la noción de «Administración única» y utiliza a estos efectos la técnica del artículo 150.2 de la Constitución de 1978.

Sobre la base del reconocimiento que ha hecho el Estado de la necesidad de iniciar esta vía, la Comisión considera que deben darse los pasos necesarios para avanzar en este terreno hasta alcanzar ese objetivo de Administración única.

## V. LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN Y EL RÉGIMEN LOCAL

El artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Aragón posibilita que mediante la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón se pueda ordenar la constitución y regulación de las comarcas. Nuestra Comunidad Autónoma se halla inmersa en un proceso comarcalizador a punto de culminar. Ello significa otorgar a los poderes locales un mayor protagonismo en las políticas públicas. Fruto de ese proceso descentralizador es que la Comunidad

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 270



Autónoma se halla en fase de aplicar el principio de subsidiariedad en los servicios contemplados en la Carta Europea de Autonomía Local.

Por otra parte, la puesta en marcha de las comarcas invita a reflexionar sobre el papel que hoy ocupan las provincias, y desde esa perspectiva, la Comisión cree que pudiera pensarse en la conveniencia de alterar el régimen provincial, facultándose con ello la libre organización territorial interna de las Comunidades Autónomas.

## VI. SISTEMA DE FINANCIACIÓN

El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 13 y 14 de abril de 2000, acordó la constitución de una Comisión especial para el estudio del modelo vigente de financiación autonómica y la elaboración de un dictamen sobre el modelo que responda a las aspiraciones aragonesas de autogobierno y suficiencia financiera.

Dicho dictamen fue aprobado el día 28 de junio de 2001 por el Pleno de la Cámara, y en él se recogen las conclusiones a las que llegó la Comisión especial de estudio.

Posteriormente, se ha modificado el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, pero algunos de los pronunciamientos de la Comisión especial de estudio siguen teniendo plena vigencia y, por ello, esta Comisión desea dejar constancia de ellos, y así, estima que existe una singularidad territorial aragonesa que implica que la financiación de la Comunidad Autónoma de Aragón está determinada por unos condicionamientos singulares demográficos y territoriales que no pueden ignorarse en la determinación de sus necesidades de gasto.

La superficie de Aragón representa el 9,4% del territorio español, pero su población apenas alcanza el 3% de la población española. Con 47.000 km2 y poco más de un millón de habitantes, la densidad demográfica de algunas comarcas aragonesas, sobre todo de Huesca y Teruel, se sitúa entre las más bajas de Europa.

Su extenso territorio, la dispersión poblacional o el elevado grado de envejecimiento de la población son factores que, entre otros, vienen a incidir directamente en un incremento de los costes de prestación de determinados servicios, pero en cualquier caso irrenunciables, así como en unas mayores necesidades de gasto.

Junto a esta realidad existe otra de orden jurídico que se concreta en la existencia de un modelo propio contenido en el artículo 48 de nuestro Estatuto de Autonomía, que contempla un acuerdo bilateral sobre financiación entre nuestra Comunidad Autónoma y la Administración General del Estado, sin olvidar la Disposición Adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, que establece que «la aceptación del régimen de autonomía no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hu-

11257-274-Estado autonomico45 14/10/05 16:11 Página 271



bieran podido corresponder en virtud de su historia». Sólo el Estatuto de Autonomía del País Vasco y la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra cuentan con disposiciones similares, a partir de las que han desarrollado sus respectivos regímenes de concierto y convenio económicos, lo que, sin embargo, no ha sucedido en Aragón.

Desde el punto de vista jurídico, la previsión estatutaria de un régimen específico de financiación constituye una nota que caracteriza de forma diferenciadora el régimen jurídico de la Hacienda de Aragón, que la individualiza dentro de las Comunidades Autónomas adscritas al régimen común, no encontrándose una previsión similar en ningún otro Estatuto de Autonomía.

Desde esta perspectiva, la Comisión concluía que, atendiendo a los principios de autonomía financiera, coordinación y solidaridad, establecidos en el artículo 156.1 de la Constitución, y al principio de suficiencia financiera contemplado en la LOFCA, a los que ha de responder el sistema de financiación autonómica, cabe formular las siguientes conclusiones:

### A) AUTONOMÍA FINANCIERA

– Garantizar un espacio fiscal propio para las Comunidades Autónomas, un reconocimiento de la capacidad tributaria autonómica para que éstas puedan crear impuestos directos con fines recaudatorios, pero también por razones extrafiscales.

– Delimitar con precisión y claridad la capacidad normativa del Estado y de las Comunidades Autónomas en los tributos cedidos íntegramente a éstas.

### B) COORDINACIÓN

A fin de asegurar el principio de coordinación con la Hacienda estatal, las Cortes de Aragón consideran que es necesario:

– Incrementar la participación de la Comunidad Autónoma en las tareas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en el ámbito del territorio aragonés, mediante el establecimiento de fórmulas que, sin fragmentar la Agencia, aplicando el principio de Administración única, integren a las Comunidades Autónomas junto con la Administración General del Estado, en las tareas de gestión, recaudación e inspección de los impuestos que conformen el sistema tributario autonómico o compartido.

### C) SOLIDARIDAD

– Introducir nuevos criterios correctores de reparto a partir del factor territorial, que relativicen el peso de la población en la distribución de los recursos del modelo, en atención a las especificidades territoriales y demográficas que concurren en Aragón (tasa de población descendente, elevado grado de envejecimiento de la población, extensa superficie, dispersión poblacional, etc.) que incrementan las necesidades de gasto.

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 272



D) SUFICIENCIA FINANCIERA

– Garantizar el necesario equilibrio entre financiación y prestación de servicios, tanto en la restricción inicial del sistema de financiación como en las reglas de evolución. A tal efecto, en la consideración de la restricción financiera inicial del sistema habrán de determinar unos ingresos para las Comunidades Autónomas que incluyan la corrección del desfase producido en el anterior período, tomando así como año base un periodo plurianual.

Las Cortes de Aragón consideran que corresponde al Gobierno de Aragón iniciar las actuaciones tendentes a exigir el cumplimiento de la Disposición Adicional tercera del Estatuto de Autónoma de Aragón, que bien podrían ser objeto de inclusión en el acuerdo bilateral sobre financiación contemplado en el artículo 48 del Estatuto.

Concretamente, el artículo 48 exige la suscripción de un acuerdo bilateral entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón, revisable periódicamente de forma conjunta, que tenga en cuenta el esfuerzo fiscal de Aragón y atienda singularmente los criterios de corresponsabilidad fiscal y solidaridad interterritorial.

## VII. PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Tal y como se ha descrito anteriormente, la incidencia que sobre las Comunidades Autónomas ha tenido la entrada de España en la Unión Europea no se compadece con la presencia de aquéllas en esta. Es necesario mejorar los mecanismos para garantizar la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la posición española en la Unión Europea. Esta participación resulta constitucionalmente obligada sin necesidad de ninguna reforma de la Constitución.

A este respecto, el Congreso aprobó el 1 de marzo de 1998 una Moción que la Comisión asume como propia, y, en consecuencia, considera que es necesario mejorar la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso interno de toma de decisiones relativo a los asuntos de la Unión Europea, para lo cual es necesario llevar a cabo una profunda reflexión sobre el sistema actual de participación a través de las Conferencias Sectoriales, proponiendo que en el marco de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, se inicie un proceso tendente a establecer una fórmula que permita la presencia de un representante de las Comunidades Autónomas en la Delegación del Gobierno, en aquellas reuniones del Consejo de Ministros de la Unión en las que se traten asuntos sobre los cuales tengan competencia exclusiva las Comunidades Autónomas, puesto que este proceso debe reflejar adecuadamente y en la práctica el reparto competencial diseñado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 273



Por todo ello, la Comisión solicita la aplicación de la Moción y pide al Gobierno central que promueva esta reflexión en torno a los mecanismos internos de cooperación que lleven a un esquema de mayor participación efectiva de las Comunidades Autónomas en los asuntos relativos a la Unión Europea.

## VIII. FACULTAD DE DISOLUCIÓN

Cuando en 1996 Aragón logra una nueva modificación de su Estatuto de Autonomía, libera a sus instituciones de autogobierno de las «grapas» de 1981: el tope de diez Consejeros, el límite de ciento veinte días para los períodos de sesiones de las Cortes, la prohibición de la disolución anticipada… Con esa modificación de 1996, Aragón encabeza un proceso generalizado de reformas estatutarias que se desarrollan en los tres años siguientes, orientadas todas ellas, siguiendo nuestro precedente, a implementar las instituciones de autogobierno sin perjuicio de abordar igualmente títulos competenciales.

De estas mejoras institucionales merece la pena destacar la atribución a los Presidentes autonómicos de la facultad de disolver anticipadamente a los respectivos Parlamentos, atribución largamente reclamada pero que se recoge en el Estatuto de Autonomía sometida a unos límites que no se corresponden con la regulación de que disponen otras Comunidades Autónomas, sin que exista justificación alguna para esta diferenciación.

Por ello, dentro del proceso de igualación institucional entre Comunidades Autónomas que se ha ido dando en el proceso autonómico, la Comisión considera conveniente que la disolución anticipada de las Cortes de Aragón dé lugar a la apertura de una nueva legislatura.

## IX. RECURSO DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA

En una futura reforma del Estatuto de Autonomía, la Comisión considera que debería incluirse la referencia explícita a la casación foral aragonesa.

## X. VÍAS PARA LA PROFUNDIZACIÓN Y DESARROLLO DEL AUTOGOBIERNO

Hechas las propuestas que anteceden, la Comisión desea manifestar que, en términos generales, las vías que harían posible la mejora del autogobierno vienen dadas por la utilización del marco constitucional y estatutario, resaltando la posibilidad de ampliación estatutaria de competencias mediante la utilización del artículo 150.1 y 150.2 del texto constitucional, la reforma del Estatuto de Autonomía y la reforma de la Constitución española de 1978, debiéndose utilizar el o los que parezcan adecuados en el momento oportuno para alcanzar los objetivos señalados.

Hasta aquí, el contenido del Dictamen de las Cortes de Aragón.

La verdad es que, de todas las propuestas del Dictamen aprobado por las Cortes aragonesas, que están sirviendo de base a la Comisión Parla-

11257-274-Estado autonómico45 14/10/05 16:11 Página 274



mentaria que actualmente está ya iniciando el estudio de la posible reforma del EAAr, realmente sólo algunas necesitan verdaderamente de una reforma estatutaria. El resto, o exigen una reforma constitucional o exigen un cambio de comportamientos políticos o un gran pacto a nivel estatal de las principales fuerzas políticas.

Mientras tanto, nuestro tiempo discurre con polémicas que han trascendido el ámbito de la propia Comunidad aragonesa y que tienen su origen en el lanzamiento de una propuesta desde la presidencia del Gobierno de Aragón, referida a los símbolos políticos de la CA: la supresión del escudo de Aragón de las cuatro cabezas de moros cortadas que figuran en uno de sus cuarteles. A mi juicio, una polémica desenfocada que ha suscitado una acalorada discusión, y que además, curiosamente, ni siquiera exigiría una reforma del texto del Estatuto de Autonomía.

Una consideración final. El Estado Autonómico se ha desarrollado en muchos momentos bajo el signo de la emulación, en el sentido de que la operación de reforma emprendida por una Comunidad ha sido seguida por el resto de las Comunidades del mismo nivel, a partir, eso sí, de un consenso estatal de las principales fuerzas políticas sobre el alcance y límites de dicho proceso reformador. De ahí la importancia de procesos de reforma como el actualmente en marcha en Aragón, que a buen seguro suscitará la emulación en otras Comunidades Autónomas, mientras que inevitablemente todas contemplarán en su horizonte lo que ocurra a su vez con las reformas catalana o andaluza.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 275

# ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA: UNA PROPUESTA PARA SU REFORMA

**Manuel Alcaraz Ramos**
**Mª Mar Esquembre Valdés**
*Profesores Titulares de Derecho Constitucional*
*Universidad de Alicante*

Antes de entrar en materia convendrá hacer una advertencia previa: este trabajo es el fruto de varios años de reflexión y seguimiento de los debates que se han ido produciendo en la Comunidad Valenciana (CV) en torno a la reforma de su Estatuto de Autonomía (EACV). Este mismo hecho nos indica una realidad: en los últimos años ha habido una cierta coincidencia sobre la necesidad de incluir reformas más o menos importantes en el texto estatutario, pero todas ellas se han visto frustradas por razones estrictamente políticas. Como nuestra intención siempre fue la de contribuir a esos debates desde el ámbito de *lo posible, de lo útil*, participando con propuestas en diversos foros y tratando de aportar técnica jurídica a las cuestiones controvertidas –aunque no a todas ellas– hemos ido incluyendo nuevas consideraciones. Aunque intelectualmente ello pueda haber sido interesante, no podemos sino dejar constancia del hecho de que siempre hemos sabido que era un esfuerzo condenado, hasta la fecha, a una cierta melancolía, porque el debate jurídico-político ha sido casi inexistente en la CV.

Con todo, parece que ahora se abre otra etapa: la persistencia en la conciencia de la necesidad de cambios ha confluido con un nuevo clima en el Estado. La pretensión, anunciada por el actual Presidente del Gobierno, en su Discurso de Investidura, de propiciar la reforma de determinados preceptos de la Constitución y la voluntad de la Comunidad Autónoma de Cataluña de abrir el proceso de revisión estatutaria, han generado un clima perceptible al que se han ido sumando otras Comunidades Autónomas. Por ello, la reforma del EACV ha vuelto a estar en la agenda de prioridades de las fuerzas políticas y de las instituciones valencianas. Incluso, tímidamente, algunas organizaciones significativas de la sociedad civil han ido pronunciándose sobre la cuestión[1].

## I. EL PESO DE LA HISTORIA

No es posible iniciar una reflexión sobre la reforma del EACV sin hacer un poco de historia sobre su gestación, porque aquel complicado proceso

[1] VALENCIANS PEL CANVI. *La reforma de l'Estatut d'autonomia al País Valencià*. València, 2004.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 276



sigue pesando, de una u otra manera, en el momento actual y en las frustraciones anteriores.

De manera muy sintética, podemos afirmar que, con la llegada de la Transición, el País Valenciano se convirtió, desde el punto de vista de los factores identitarios que subyacen al discurso político, en un *lugar extraño*. Si ello fue así es porque se confrontaron con vehemencia dos modelos alternativos que vamos a analizar.

El País Valenciano, sin duda, tenía unos rasgos *nacionalitarios* muy apreciables. En efecto: una lengua propia –compartida con Cataluña y las Islas Baleares–, antiguas instituciones de autogobierno y restos de un Derecho privativo, permitían construir un modelo estimulante de Comunidad Autónoma potente, políticamente integrada, que fuera más allá de lo simplemente *administrativo*. Con mucho menos, otros territorios articularon su futuro con vigor y confianza.

En esa línea había avanzado, desde la década de 1960, el pensamiento *neovalencianista*, sobre todo de la mano intelectual de Joan Fuster[2] y de otros muchos pensadores, profesores, entidades cívicas, etc. Estas posiciones iban desde lo marcadamente nacionalista hasta la aceptación difusa y capilar de un modelo nucleado en torno al catalanismo, el racionalismo, la modernización y el progresismo. Dichas ideas fueron aceptadas globalmente por la izquierda y constituyeron, en el momento de la Transición, el alimento primordial para muchas iniciativas.

Sin embargo, este *paradigma fusteriano*[3] hubo de incluir mucho de voluntarismo en su confrontación con la sociedad real que emergía del franquismo. La necesidad, implícita en sus posiciones, de *normalizar* el País Valenciano avanzando en el autoreconocimiento de sus señas de identidad despojadas de ideología sublimadora de *lo regional*, chocaría con la persistencia y el arraigo de los mismos fenómenos que denunciaba.

El País Valenciano era un país *dual*, desvertebrado, con una élites poco activas y, en especial en la Ciudad de Valencia, opuestas históricamente al modelo catalán. El franquismo había exacerbado un *españolismo* capaz de asimilar y banalizar los rasgos identitarios. Capas muy importantes de la mediana y pequeña burguesía, desmoralizadas y asustadas por la Transición, apostarían fervientemente por el mantenimiento de un *status quo* simbólico que tendría diversas manifestaciones como la exaltación provincial, el antiintelectualismo declarado o el secesionismo lingüístico –la anticientífica afirmación de una *lengua valenciana* distinta del catalán–[4].

---

[2] La obra de cabecera que sigue siendo imprescindible es: J. Fuster, *Nosaltres els valencians,* eds. 62, Barcelona, 1962.

[3] M. Alcaraz Ramos, *Penúltim assaig d'aproximació al valencianisme polític (Una crítica al nacionalismo qie existeix realment)*. Revista de Catalunya, nova etapa, nº 98, Barcelona, 1995. Passim.

[4] M. Alcaraz Ramos. *El régimen jurídico de las lenguas en la Comunidad Valenciana.* Universidad de Alicante, 1999. Pag. 41 y ss.

11275-286-Estado autonomico46 14/10/05 16:23 Página 277



El anticatalanismo[5], así, se convirtió en el banderín de enganche del conservadurismo, que incluyó a los restos manifiestos de posiciones netamente fascistas que querían proseguir en tierras valencianas con algunas manifestaciones de ideologías franquistas. Estas posiciones, jaleadas por algunos medios de comunicación, motivaron la pervivencia de enfrentamientos que no se produjeron en otros lugares de España.

Ello fue posible por la descarada manipulación de sentimientos por parte de la derecha valenciana del momento, básicamente estructurada en torno a la UCD. La UCD que había perdido las primeras elecciones en el ámbito valenciano y que encontró en todo este magma de contradicciones una vía de oposición a la izquierda. Hay que recordar que del insulto se paso a la agresión, a un terrorismo de *baja intensidad* protagonizado por estos sectores y que tuvo por destinatarios principales a algunos intelectuales –incluida una simbólica bomba que destruyó parte de la biblioteca de Joan FUSTER– y a legítimos representantes democráticos –incluidos el Presidente preautonómico o el Alcalde de Valencia–. Cuando los herederos políticos de aquellos grupos aluden reiteradamente a la necesidad de evitar confrontaciones olvidan que ellos, primero, ejercieron de agitadores para, después, tratar de presentarse con el honorable disfraz del bombero[6].

## II. LA AUSENCIA DE UN AUTÉNTICO CONSENSO ESTATUTARIO

En ese clima no puede hablarse, sin faltar a la verdad, de un *consenso autonómico*. Conforme la confrontación social fue creciendo, las posibilidades de llegar a acuerdos que contentaran mínimamente a los sectores activos contrapuestos se convirtió en una quimera y, paralelamente, y era lo que muchos deseaban, una buena parte de la sociedad valenciana se alejó del debate, que se fue haciendo incomprensible[7].

Por otra parte –aunque se explica sobre el suelo de esa mezcla de crispación y desinterés–, se produjeron dos hechos que marcarían todo el proceso:

---

[5] Habitual y popularmente se alude en muchas ocasiones a esos grupos con la denominación de *blaveros*, por su encarnizada –y victoriosa– defensa de la *senyera amb franja blava*, o sea, de la bandera de la CV con una franja azul, para diferenciarla de la catalana.

[6] M. ALCARAZ RAMOS, *Política e ideología en el proceso autonómico*, En: VVAA *Estudio sobre el Estatuto Valenciano*. Tomo I: *El proceso autonómico*. Generalitat Valenciana-Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1993. Pag. 5 y ss.

[7] M. ALCARAZ RAMOS, *op. cit*. Pag. 52 y ss. M. ALCARAZ RAMOS, *Cuestión nacional y autonomía valenciana*, Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, Alicante, 1985. Pag. 147 y ss. V. GARRIDO MAYOL, *Consideraciones jurídico-políticas del proceso autonómico valenciano*. En: VV.AA. *Estudio sobre el Estatuto Valenciano*. Tomo I: *El proceso autonómico*. Generalitat Valenciana-Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1993. Passim. J. ASENSI SABATER, *Previsión constitucional y desarrollo estatutario de autobobierno: especificidad de la Comunidad Valenciana*. En: *Revista de Política Comparada*, nº IX, 1982. Passim. L. AGUILÓ LUCÍA, *La vía valenciana a la Autonomía: una perspectiva jurídica*. En: *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, 1982. A. CUCÓ. *Roig i blau. La transició democràtica valenciana*. Tàndem, València, 2002. Passim. B. SANZ DÍAZ y J.M. FELIP I SARDÀ, *Política y políticos valencianos. I. Del tardofranquismo al estatuto de Autonomía. 1975-1982*. Pag. 271 y ss. J. SANZ, *La cara secreta de la política valenciana*. Ed. Fernando Torres, Valencia, 1982. Passim. V. BELLO, *La pesta blava*. Edit. 3 i 4, València, 1988. Passim.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 278



– Por la kafkiana regulación de la composición de los órganos preautonómicos, el Consell Preautonómic acabó estando presidido por un representante de la UCD, que, por todos los medios, trató de contribuir a la confusión, pese a la mayoría de izquierdas que nítidamente había dado las urnas.

– Establecida la confrontación en torno a los elementos simbólico-identitarios –consideración y denominación de la lengua, bandera, denominación de la Comunidad...–, el debate sobre la vía autonómica –artículo 151 ó 143 de la Constitución– con lo que ello significaba sobre las competencias asumibles, o sobre otras cuestiones, fue perdiendo virtualidad. Sin embargo, y salvo en algunos sectores de españolismo recalcitrante que veían en el hecho autonómico mismo un atentado a sus ideas que, en la medida de lo posible, había que minimizar, pocos se oponían a la vía del artículo 151, que fue impulsada por el Consell Preautonómic cuando era regido por el PSPV-PSOE, y apoyado por Diputaciones y la mayoría de Ayuntamientos. Sin embargo, la decisión del Gobierno de UCD de «racionalizar» el proceso autonómico en enero de 1980, acabaron con esas esperanzas, y usando de una trampa jurídica el proceso se *recondujo* por la vía del artículo 143[8].

En ese momento, con unas fuerzas políticas debilitadas en su credibilidad por tanto vaivén y enfrentamiento, el discurso viró hacia la urgencia de aprobar un Estatuto que definitivamente diera por cerrada la envenenada controversia. Bajo ese presupuesto se reunió en Benicassim la Ponencia Estatutaria que alumbró un texto claramente favorable, en los asuntos controvertidos, a la derecha minoritaria y que no suscitó ningún entusiasmo, siendo contestado desde el interior de algunos de los partidos firmantes y por una buena parte de la sociedad civil. El acuerdo, de mínimos y apresurado, no gozó nunca del prestigio movilizador del consenso constitucional o del que se produjo en la gran mayoría de Comunidades Autónomas que iniciaban su camino.

Pero ni siquiera así se cerró la cuestión. La tramitación del proyecto de Estatuto como Ley Orgánica en las Cortes Generales, que, en paralelo, aproba-

---

[8] Picanya fue el primer municipio en solicitar la autonomía siguiendo las previsiones constitucionales el 25 de abril de 1979. El plazo de recogida de adhesiones de las tres Diputaciones de los Ayuntamientos previstos en el art. 151.1 de la Constitución, pues, el 25 de octubre de ese año. La fórmula habitualmente utilizada en esas adhesiones fue la de «la mayor autonomía posible en el menor tiempo posible», lo que sólo podía entenderse como apoyo a la vía del artículo 151. El 25 de octubre las cifras de adhesiones de ayuntamientos –además de las Diputaciones– era:

| PROVINCIA | MUNICIPIOS | % | HABITANTES | % | CENSO | % |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Alicante | 122 | 88 | 1.024.202 | 96 | 723.988 | 96 |
| Castellón | 130 | 93 | 403.469 | 98 | 304.027 | 98 |
| Valencia | 260 | 99 | 1.920.265 | 99 | 1.439.356 | 99 |
| TOTALES | 512 | 95 | 3.347.932 | 98 | 2.467.371 | 98 |

Se objetó, pese a la contundencia de las cifras, que no había claridad en el contenido de las adhesiones, a la luz de la nueva Ley Orgánica del Referéndum, por lo que hubo que repetir el proceso. Ahora, las instituciones gobernadas por la UCD se fueron pronunciando por la vía del artículo 143.2. L. Aguiló. *L´Autonomia.* Institució Alfons el Magnànim, València, Pag. 64 y ss. M. Alcaraz Ramos, *Op. cit.* Pag. 164 y ss.

11275-286-Estado autonomico46 14/10/05 16:23 Página 279



rían la Ley Orgánica de Transferencias (LOTRAVA) siguiendo la previsión del artículo 150 de la Constitución en materias de educación y sanidad, dio lugar a nuevos enfrentamientos, a nuevas presiones de las fuerzas de derecha, al apartamiento de los acuerdos del PCE y hasta a la ruptura de la disciplina de voto del PAD de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ en lo que significó el inicio de su alejamiento de UCD para aproximarse al PSOE. El conflicto se reprodujo en la Comisión Constitucional. La confusión ya era intolerable y sólo los acuerdos *cupulares* de UCD y PSOE permitieron reencontrar una vía de acuerdo que, en todo caso, ya no se podía denominar *consenso político*.

## III. EL LEGADO DEL CONFLICTO

No es extraño que los antecedentes del EACV[9] contados aquí muy someramente, dieran lugar a una aceptación poco activa, distante, por parte de la ciudadanía. Ese EACV nunca ha aportado, por si mismo, un valor simbólico cohesionador. Las disputas simbólicas fueron, sin duda, cesando, pero, como suele suceder en estos casos, han estado *ideológicamente disponibles* para su uso partidista, especialmente por parte de la derecha: la reactivación de la polémica sobre el contenido lingüístico del idioma designado estatutariamente como *valenciano*, es el mejor ejemplo.

Por otra parte, el EACV incluyó algunas cláusulas que han sido reiteradamente criticadas, como la barrera electoral en el 5% –que en este momento deja fuera de les Corts al Bloc, que, sin embargo, es la tercera fuerza en los ayuntamientos–, la limitación del número de Consellerías o la imposibilidad de disolución anticipada de la Asamblea legislativa. Igualmente, algunos preceptos estatutarios tardaron muchos años en desarrollarse –por ejemplo la regulación y el nombramiento del Síndic de Greuges– y otros no lo han sido nunca, como lo previsto sobre la comarcalización de la Comunidad, que podría marcar un cambio plausiblemente relevante en la vertebración y equilibrios de un poder ahora todavía demasiado sesgado a favor de las Diputaciones.

Y, pese a todo, la *autonomía* ha ido arraigando, aunque la identificación política con su significado sea cambiante según las zonas. La puesta en funcionamiento de las previsiones estatutarias, al menos, permitió una claridad notable, con sucesivos gobiernos sólidos del PSPV-PSOE que promovieron una red de servicios públicos que, al fin y a la postre, serían el principal factor de proximidad de las instituciones autonómicas para los ciudadanos y ciudadanas. Igualmente, se aprobaron leyes que buscaban impulsar la lengua propia de la CV o incrementar la vertebración, como la que creó la RTVV o, en fin, formalizar los controvertidos símbolos de la Comunidad. Poco a poco, la *normalidad* se fue imponiendo y el propio

[9] Sobre el EACV ver: R. MARTÍN MATEO (Dir). *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana,* Ministerio de Administración Territorial-Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985. VVAA. En: VVAA *Estudio sobre el Estatuto Valenciano*. Tomos II, III y IV, Generalitat Valenciana-Consell valencià de Cultura, Valencia, 1993.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 280



EACV dejó de ser impugnado por cualquier sector significativo. Ha sido un instrumento institucional, pues, válido y legítimo, aunque *frío,* incapaz de provocar movilizaciones favorables más allá de alguna reivindicación interesadamente partidista. ¿Era ello suficiente?

Sí y no. Sí para el *día a día*. No para contagiar de prestigio algunas decisiones o para impulsar políticas que contaran con la movilización general de la sociedad valenciana. En cierto sentido, los *déficits simbólicos* que provocó la manera en que se aprobó el EACV, y algunas de las secuelas que dejó, han venido marcando la vida política valenciana: a la ausencia de espacios simbólicos y políticos de consensos esenciales, le sigue la dificultad de adoptar soluciones definitivas en materias complejas –por ejemplo en lo lingüístico– y el miedo permanente a *reabrir cuestiones* no sólo planea sobre determinadas decisiones –por ejemplo la negativa a integrar la CV en la «eurorregión» promovida por el Gobierno de Cataluña– sino que provoca un *secuestro de la imaginación* ante posibles iniciativas, incluyendo, por cierto, las propuestas de reforma del EACV.

## IV. LAS DIFICULTADES DE LA REFORMA ESTATUTARIA

Dadas las premisas indicadas, esperar que la técnica jurídica pueda aportar respuestas ante la posible reforma estatutaria es una pasión inútil y tanto más cuando ni siquiera los juristas valencianos hemos sido capaces de mostrar un mínimo interés colectivo por la cuestión. Tampoco los partidos han parecido muy interesados en buscar el consejo de los especialistas.

Las alusiones a las reformas estatutarias han sido mínimas: se integró la LOTRAVA en el texto estatutario cuando llegó la hora y con eso ha bastado. Redundantemente, ya con los gobiernos socialistas, algunas de las cuestiones indicadas arriba –reforma del sistema electoral, disolución anticipada de les Corts...– provocaron algunos debates. Durante los gobiernos presididos por Eduardo Zaplana se habló con una cierta mayor intensidad, sobre todo con motivo de la pálida conmemoración del 20 Aniversario del EACV. Pero el general desinterés, unido a la deriva centralista del último Gobierno de José María Aznar, hicieron que más allá de algunos gestos en sede parlamentaria, la reforma encallara. Ahora, por las razones que hemos advertido anteriormente, la reforma parece que vuelve a estar en primer plano de la actualidad... si bien con buenas dosis de desinterés en la ciudadanía.

No es el lugar para explicar las contradicciones de las actuales autoridades autonómicas valencianas. La sensación general de los últimos meses es que la mayoría parlamentaria del PP –en mitad de una crisis interna– se dejaba arrastrar por las circunstancias, tratando más bien de ralentizar el proceso, dudosa, quizá, ante las decisiones que adoptara su Dirección Nacional ante la nueva etapa reformista. Pero dada la abierta participación del PP en procesos similares en otras Comunidades Autónomas, todo parece indicar que el proceso no podrá detenerse.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 281



De hecho, si hemos de guiarnos por las informaciones periodísticas, el Consell de la Generalitat Valenciana podría estar ahora interesado en precipitar la reforma. En algún momento se ha hablado de que debería estar aprobada por les Corts en la primavera de 2005 y que la vía de iniciativa empleada sería la del Proyecto de Ley. Esta nueva estrategia parece fundarse en dos circunstancias. Por un lado, aseguraría que sólo se trataran asuntos muy acotados. Por otro lado, se intentaría que la reforma se aprobara antes que la prevista en Cataluña que, por sus previsibles innovaciones jurídico-políticas, podría *presionar* el texto valenciano, lo que la actual mayoría querría impedir por evidentes razones ideológicas.

## V. COORDENADAS PARA UNA PROPUESTA

Si se siguiese la vía que acabamos de apuntar nos podríamos encontrar con una nueva frustración edificada sobre la apatía de la inmensa mayoría de los valencianos y valencianas. A nuestro modo de ver estamos ante una ocasión muy importante para reconducir la situación que se creó con la aprobación del EACV, siempre y cuando se incentive la participación, se aporte transparencia al proceso y se busquen apoyos técnicos que impidan algunos errores y que puedan favorecer un consenso constructivo.

Entendemos que habría que superar el miedo que pretende limitar la reforma a cuestiones puntuales, descontextualizadas y tímidas, para ir a una *revisión general* del texto estatutario, entre otras cosas porque eso es lo que vamos a encontrar al cabo de unos meses en otras Comunidades Autónomas, lo que, a su vez, provocará nuevos problemas políticos. O, dicho de otra manera: en las actuales circunstancias, una reforma *de mínimos* supondrá sólo el *aplazamiento* de *otras* reformas.

Por ello estimamos conveniente que el proceso abierto sólo establezca como límite la *constitucionalidad* de la reforma, lo que requeriría introducir una nueva lógica en el EACV, incluyendo:

– Sistema de Derechos relacionados con las competencias estatutarias.

– Declaración de Principios Rectores ligados a las peculiaridades de la CV.

– Sistema competencial completo y detallado, evitando que la técnica de la declaración de «interés general» para algunas normas del Estado ejerza una desmesurada *vis atractiva* que acabe por desnaturalizar y desactivar las competencias propias.

– Mejora del esquema institucional, liberándolo de algunas cortapisas, haciendo más igualitaria la ley electoral e incluyendo órganos propios relacionados con la Administración de Justicia.

– Clarificación de los diversos niveles de vertebración territorial y de sus órganos.

– Declaración de mecanismos de contribución de la CV a la conformación de la voluntad del Estado y de participación en diversos organismos políticos o técnicos estatales.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 282



– Definición de la proyección internacional de la CV en las materias de su competencia y, en especial, ante los órganos de la UE.

– Clarificación de la hacienda autonómica y de las vías de financiación.

Sin duda no podemos abordar aquí todo este catálogo porque, entre otras cosas, requeriría del trabajo de un equipo multidisciplinar. Por otra parte volvemos a recordar que los elementos que fueron críticos en el momento de elaboración del EACV siguen presionando sobre su reforma, por lo que las propuestas que a continuación realizamos deben entenderse, precisamente, como una muestra parcial de una perspectiva que parte del convencimiento de la necesidad de acabar con ese lastre desde una óptica que englobe tres cuestiones:

– Mejoras de técnica jurídica en aquellos asuntos en los que parece haber consenso político inicial.

– Introducción de nuevos elementos en el debate que posibiliten renovados territorios de consenso y sean susceptibles de atraer la atención de segmentos importantes de la ciudadanía.

– Propuestas de consenso en las materias simbólicas que impidan que se reabran debates indeseables.

La nuestra no es, pues, una propuesta *de* reforma del EACV sino una propuesta *para* su reforma. Léase de esta manera.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. UNA PROPUESTA PARA LA REFORMA PARCIAL DEL EACV

En aras de una mayor claridad y economía expositiva omitimos la reproducción del texto actual del articulado, limitándonos a señalar, a continuación de una breve exposición de las razones concretas de la necesidad de reforma, si la propuesta lo es de modificación, supresión y/o adición.

**PREÁMBULO**

Con independencia de su valor normativo no cabe duda que el actual texto sólo se explica desde los difíciles equilibrios de la transición que, de alguna manera, han quedado «fosilizados» y poco significan hoy en día.

Nueva redacción (sustitución):
«*El presente Estatuto constituye la expresión de la voluntad de autonomía del pueblo valenciano en el marco de la Constitución española. Con este Estatuto el pueblo valenciano se reencuentra con su historia, en la que ya disfrutó de instituciones de autogobierno propias en el antiguo Reino de Valencia, a la vez que define las modernas concepciones de un País Valenciano democrático y solidario. De esta manera el presente Estatuto se configura como la norma máxima del sistema jurídico valenciano y como un instrumento al servicio del desarrollo de la convivencia y de los Derechos de los valencianos y valencianas.*»

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 283



**ARTÍCULO 1**

Puede afirmarse lo mismo que se dijo para el Preámbulo: cabe una redacción más «moderna», introduciendo nuevos conceptos y preocupaciones.

Nueva redacción (sustitución):

*«1. El País Valenciano, históricamente organizado como Reino de Valencia, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco de la Constitución española, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, con la denominación oficial de Comunidad Valenciana.*

*2. La Comunidad Valenciana es la expresión de la voluntad democrática y del derecho al autogobierno del pueblo valenciano. Se rige por el presente Estatuto que es su norma institucional básica.*

*3. La Comunidad Valenciana se basará en la profundización democrática, en la garantía de la participación de la ciudadanía, en el reforzamiento de la identidad y la solidaridad del pueblo valenciano, en la defensa integral del medio ambiente en su territorio y en el compromiso de las instituciones autonómicas con la libertad, la igualdad y el pluralismo.»*

**ARTÍCULO 2**

Podría incluirse una referencia a políticas de igualdad entre géneros en un segundo párrafo.

Nuevo apartado (adición):

*«2. Una Ley de la Generalitat determinará las condiciones en que se facilita el acceso igual de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a los cargos designados por las Cortes Valencianas.»*

**ARTÍCULO 4**

Convendría añadir un nuevo párrafo referente a la inmigración y a la integración en la Unión Europea por razones simbólicas pero también como una manera de formalizar en el ámbito valenciano el desarrollo de Derechos desde la perspectiva del Estado social.

Nuevo apartado (adición):

*«3. Las personas nacionales de otros Estados que residan en la Comunidad Valenciana disfrutarán de todos los derechos y servicios que presten las instituciones autonómicas, que velarán por asegurarles una adecuada integración y calidad de vida.»*

**ARTÍCULO 5**

No parece conveniente reabrir ninguna «guerra de símbolos», pero podría restarse algo de rigidez a la redacción actual y eliminar el párrafo segundo que no se ha aplicado ni parece que se vaya a aplicar.

Nueva redacción (sustitución) y supresión del apartado 2º:

*«La Senyera de la Comunidad Valenciana está compuesta por cuatro barras rojas sobre fondo amarillo, coronadas sobre franja azul junto al asta. Una Ley de la Generalitat determinará lo concerniente a su uso y podrá regular la utilización de otros símbolos históricos.»*

**ARTÍCULO 7**

Sin necesidad de volver a originar una disputa sobre la lengua no cabe duda que se requiere de un redactado menos confuso, siendo también conveniente incluir en el Estatuto la Academia Valenciana de la Lengua.

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 284



Nueva redacción (sustitución) y adición de nuevos apartados:
*«1. El valenciano y el castellano son oficiales en la Comunidad Valenciana. Todos tienen el derecho a conocerlos y a usarlos. La Generalitat garantizará su uso normal y oficial, adoptando las medidas necesarias para su conocimiento y creando las condiciones para que alcancen su plena igualdad en lo que se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos de la Comunidad Valenciana.*
*2. El valenciano, por razones históricas compartidas con otras Comunidades Autónomas, es lengua propia de la Comunidad Valenciana y gozará de especial respeto y protección para su total recuperación.*
*3. Por Ley de la Generalitat se definirán las acciones de las instituciones públicas para el fomento del uso y enseñanza del valenciano y los territorios de predominio de cada idioma.*
*4. La Academia Valenciana de la Lengua es la institución científica independiente encargada de velar por la normativa y codificación de la lengua propia de la Comunidad Valenciana. Una Ley de la Generalitat regulará su composición y funciones.*
*5. La Generalitat Valenciana y la Academia Valenciana de la Lengua establecerán las relaciones institucionales con otras Comunidades Autónomas y organismos científicos con capacidad reguladora del sistema lingüístico que los correspondientes Estatutos de Autonomía de los territorios hispánicos de la antigua Corona de Aragón reconocen como lengua propia.»*

**ARTÍCULO 9**

Convendría introducir un último párrafo para reafirmar el principio democrático en el ámbito estatutario.

Nuevo apartado (adición):
*«3. Todos los poderes de la Generalitat emanan de la Constitución, del presente Estatuto y del pueblo valenciano.»*

**ARTÍCULO 12.2**

Convendría rebajar la cláusula de barrera electoral al 3% de los votos emitidos, de acuerdo con el objetivo de profundización democrática y el compromiso con el valor del pluralismo, en los términos del texto propuesto para el artículo 1.

Nueva redacción (sustitución):
*«2. ...número de votos superior al 3 por 100 de los emitidos...»*

**ARTÍCULO 12.4**

Habría que incluir la posibilidad de disolución anticipada de las Cortes.

Nueva redacción (sustitución):
*«4. El mandato de las Cortes Valencianas será de cuatro años. Las elecciones se celebrarán el cuarto domingo de mayo cada cuatro años o, excepcionalmente, el mismo día en que se celebren las Elecciones al Parlamento Europeo cuando coincidan el mismo año, en los términos previstos en la Ley que regule el régimen electoral general. Igualmente se producirán elecciones cuando el President de la Generalitat disolviera anticipadamente las Cortes y en el supuesto del artículo 15.2. En todo caso, las Cortes Valencianas electas se constituirán en el plazo de noventa días, a contar desde la expiración del mandato o de su disolución.»*

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 285



**ARTÍCULO 14.5**

Conviene precisar mejor y ampliar el mecanismo de la iniciativa legislativa, en consonancia con lo establecido en el texto propuesto del artículo 1.

Nueva redacción (sustitución):
*«5. La iniciativa legislativa corresponde a los Grupos Parlamentarios, al Consell, a los Entes municipales y al Cuerpo Electoral mediante la presentación de una Iniciativa Legislativa Popular avalada por un mínimo de 15.000 firmas de ciudadanos valencianos o de residentes en la Comunidad Valenciana o un 15 por cien de Ayuntamientos que representen, al menos, al 15 por cien de los ciudadanos valencianos o de residentes en la Comunidad Valenciana.»*

**ARTÍCULO 14**

En la dinámica de hacer corresponsables a las instituciones autonómicas del desarrollo de Derechos Fundamentales, dentro del marco constitucional, parece oportuno incluir una referencia al Derecho de Petición en el ámbito parlamentario valenciano.

De acuerdo con experiencias del Derecho Comparado parece apropiado introducir un nuevo apartado que precise la publicidad de las sesiones parlamentarias.

Nuevos apartados (adición):
*«6. Las Cortes Valencianas pueden recibir peticiones individuales o colectivas que deberán ser tramitadas dando a conocer al o a los peticionarios el resultado de su iniciativa. Podrán remitir al Consell las peticiones que se reciban. El Consell está obligado a explicarse sobre su contenido cuando las Cortes lo exijan.*
*7. Las sesiones plenarias de las Cortes Valencianas serán públicas, salvo acuerdo en contrario adoptado por mayoría absoluta de la Cámara o con arreglo a lo que disponga su Reglamento en casos en que se aborden materias que puedan afectar al decoro de las instituciones autonómicas.»*

**ARTÍCULO 15.2**

Debería mejorarse el mecanismo de investidura previsto en el segundo párrafo incluyendo lo que deba hacerse en el caso en que no se alcanzaran las mayorías previstas.

Nueva redacción (sustitución):
*«2. ...Si efectuadas las votaciones no se alcanzaran las mayorías previstas se tramitarán otras propuestas según lo previsto en el presente artículo. Si desde que se produjera la primera votación de investidura transcurrieran dos meses sin que ningún candidato alcanzara la confianza de las Cortes Valencianas, éstas se disolverán y se convocarán nuevas elecciones.»*

**ARTÍCULO 16**

Debe incluir un nuevo párrafo que regule lo concerniente a la disolución anticipada de las Cortes.

Nuevo apartado (adición):
*«4. El President de la Generalitat Valenciana, previa deliberación del Consell y bajo su responsabilidad, podrá disolver las Cortes Valencianas. El Decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones. No podrá disolver las Cortes cuando esté en tramitación una moción de censura ni cuando estuviera vigente alguna de las situaciones previstas en el artículo 116 de la Constitución.»*

11275-286-Estado autonómico46 14/10/05 16:23 Página 286



**ARTÍCULO 17.2**

Parece conveniente suprimir la limitación en el número de Consellers y posibilitar el nombramiento de un Conseller en Cap.

Nueva redacción (sustitución):
*«2. La designación de los miembros del Consell, su número y sus funciones, serán responsabilidad exclusiva del President de la Generalitat Valenciana que también podrá designar a un Conseller en Cap que realice tareas de coordinación política. Una ley regulará las funciones, composición, normas de nombramiento y cese de los miembros del Consell.»*

**ARTÍCULO 45.2**

Conviene modificar el segundo apartado para enfatizar la autonomía municipal.

Nueva redacción (sustitución):
*«2. Una Ley de la Generalitat Valenciana promoverá la autonomía municipal, regulando las materias que serán objeto de delegación de ejecución de sus competencias a favor de los Ayuntamientos según el principio general de subsidiariedad, atribuyendo los medios económicos y materiales para su ejercicio y asegurando la adecuada coordinación y calidad de los servicios que presten.»*

**NUEVO ARTÍCULO**

Relativo a las relaciones entre la Comunidad Valenciana y la Unión Europea (ubicación por determinar):

«*La Generalitat Valenciana participará en la conformación de la voluntad del Estado en las decisiones que deban adoptarse en el seno de la Unión Europea a través de los mecanismos legales que se adopten. El Consell informará a las Cortes de las decisiones de ámbito europeo que pudieran afectar a las competencias y al autogobierno de la Comunidad Valenciana. Las Cortes podrán adoptar resoluciones sobre el proceso de construcción europea en lo que afecte a la Comunidad Valenciana que serán elevadas a los organismos competentes. La Generalitat Valenciana mantendrá una representación permanente ante las instituciones y los organismos europeos.»*

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

Supresión de las siguientes DT: 3ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª.

**DISPOSICIÓN ADICIONAL**

Nueva disposición sobre uso de lenguaje no sexista (adición):
*«Todas las denominaciones contenidas en el presente Estatuto referentes a las instituciones de la Comunidad Valenciana así como cualquier otra denominación que se efectúan en género masculino se entenderán realizadas y se utilizarán indistintamente en género masculino o femenino según el sexo de la persona a la que haga referencia.»*

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 287

# EL PROCESO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA EN ANDALUCÍA

**Baldomero Oliver León**
*Profesor titular de Derecho Constitucional*
*Universidad de Granada*

## I. INTRODUCCIÓN

La indeterminación, inevitable en su día, del título VIII de la Constitución ha permitido desarrollar un modelo de articulación territorial en el que coexisten elementos propios del sistema regional clásico como otros claramente federales. El resultado, de todos es sabido, ha sido el actual Estado de las Autonomías con una clara tendencia a la federalización y una atenuación de la asimetría entre las Comunidades Autónomas.

No obstante, este carácter abierto de la regulación constitucional supone un permanente déficit constitucional que incide negativamente en la normatividad del texto constitucional y en la de los propios Estatutos de Autonomía y convierte la relación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas en un ámbito donde el peso político de cada una de ellas resulta ser un dato determinante a la hora de articular jurídicamente dicha relación.

Obviamente, el mecanismo óptimo para salvar esta diferencia entre un Estado Autonómico consolidado en la práctica y un marco constitucional abierto sería una reforma de la Constitución que diera cuenta del proceso evolutivo en materia de organización territorial del Estado Autonómico en España sobre las bases de los principios básicos de unidad, igualdad y solidaridad que, en definitiva, constitucionalizara lo que podríamos el Estado autonómico federalizado.

Sin embargo, mientras que por un lado la situación política actual y la previsible a corto y medio plazo no parece la más propicia para abordar una reforma del Título VIII de la Constitución con toda la profundidad que es necesaria, por otro, se constata una pretensión, por parte de determinados nacionalismo, de favorecer una estructura asimétrica de la organización territorial del Estado.

Esta es la situación en la que habrá de enmarcar los procesos abiertos de reforma estatutaria en buena parte de las Comunidades Autónomas y es la que explica que más que una mera actualización técnica de sus textos estatutarios, dichas reformas expresen una determinada compresión del alcance, sentido y contenido de la autonomía política.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 288



A lo largo de nuestra exposición intentaremos señalar como en el caso andaluz, el proceso de reforma de su Estatuto constituye una clara toma de posición a favor del actual Estado Autonómico, tal y como se ha ido perfilando en los últimos decenios a través de la negociación y la práctica política y la propia jurisprudencia constitucional, ofreciendo un modelo alternativo a otros procesos de reforma estatutaria en los que, en última instancia, dicha forma de Estado ha sido cuestionada.

## II. EL PROCESO DE REFORMA ESTATUTARIA EN ANDALUCÍA. CONTEXTO Y CARACTERES GENERALES

### II.1. EL CONTEXTO POLÍTICO DEL DEBATE SOBRE LA REFORMA ESTATUTARIA EN ANDALUCÍA

Si tuviéramos que fijar un hito que marcara el inicio del debate político sobre la reforma del Estatuto andaluz, éste vendría dado por la intervención del Presidente de la Junta de Andalucía en el Debate sobre el Estado de la Comunidad Autónoma de 2001, celebrado el 1 de junio de dicho año.

Coincide, pues, la propuesta política del Presidente de la Junta con el XX Aniversario del Estatuto andaluz, presentándose la posible reforma del Estatuto, como una vía para impulsar la modernización de Andalucía, fijar nuevos retos a la sociedad de esta Comunidad, poner al día el texto estatutario en aquellos elementos que en los veinte años de vigencia habían quedado obsoletos e incorporar al Estatutos nuevos contenidos derivados, fundamentalmente, de la incorporación de España a la Unión Europea.

En julio de este mismo año el Presidente de la Junta de Andalucía adelantó un catálogo de seis puntos en los que debería centrarse el debates sobre la reforma estatutaria y que, en realidad, venían describir el escenario en que dicho debate se desarrollaría: El marco mundial marcado por el fenómeno de la globalización, el proceso de integración europea, el debate sobre el futuro del Estado Autonómico, la necesidad de un nuevo impulso a la descentralización política y territorial en Andalucía y el papel de la Comunidad autónoma en el desarrollo de los derechos de los ciudadanos.

Pero la propuesta de debate sobre la reforma del Estatuto andaluzo también coincide con una fase de alta conflictividad política en torno al modelo de organización territorial del Estado[1], reflejada en la doctrinalmente en forma de un cierto acuerdo sobre las insuficiencias del marco constitucional para resolver una serie de problemas de carácter estructural que el Estado de las Autonomías venía planteando, producto de la indeterminación del texto constitucional en este materia[2].

---

[1] Baste recordar que pocos años antes, en julio y septiembre de 1998, se firmaron los Pactos de Barcelona y de Estella respectivamente.

[2] *Vid.* al respecto BALAGUER CALLEJÓN, F.- «Constitucionalización del Estado Autonómico. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario» nº 9, 1997. pág. 129 y ss.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 289



Por tanto, el contexto en el que se plantea la posibilidad de acometer la reforma del Estatuto andaluz se caracteriza, a grandes rasgos, por un intento por parte de determinados nacionalismos periféricos tendente a consolidar fácticamente un modelo autonómico asimétrico. Así, si el largo proceso de consolidación del Estado de las Autonomías, que desde las iniciales dudas e incertidumbres sobre el futuro desarrollo del Título VIII, ha ido consolidando una casi total equiparación institucional y competencial entre las Comunidades Autónomas, a finales de la década de los 90 tal modelo fue cuestionado, no ya desde un planteamiento cuantitativo –cuantía de la financiación recibida por las Comunidades Autónomas o número de competencias transferidas- sino desde la propia naturaleza de la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, la victoria electoral del Partido Popular en las Elecciones Generales de marzo de 2000, supuso un importante cambio en la política territorial del gobierno central, constatándose una tendencia al estancamiento del desarrollo autonómico y un posicionamiento ideológico más centralista. En el caso concreto de Andalucía, además, la tensión entre los gobiernos autonómico y el central, especialmente significativa en lo relativo al modelo de financiación[3] y al reconocimiento del censo real, dibujaba un mapa político escasamente proclive a la negociación y al acuerdo.

Así, la iniciativa lanzada por el presidente de la Junta de Andalucía en cuanto a una eventual reforma del Estatuto andaluz podría valorarse, por una parte, como un posible instrumento para acometer un nuevo impulso al desarrollo social, económico y político de Andalucía y, de otra parte, como una respuesta ante los intentos de reforzar la dimensión regional asimétrica de la estructura territorial del Estado español, frente al modelo autonómico tendencialmente federalizante que la practica política y la jurisprudencia constitucional habían construido en los últimos veinte años.

En suma, la iniciativa política de abrir el debate de una eventual reforma del Estatuto de Autonomía en Andalucía constituyó una toma de posición a favor del actual modelo autonómico, frente a los nacionalismos periféricos, frente a la tendencia centralizadora mantenida en aquel momento por el Partido Popular y frente, incluso, a una cierta indeterminación sobre el modelo de organización territorial del PSOE.

La reacción de la oposición política en Andalucía tomó con cierto recelo la propuesta del Presidente CHAVES, presentándola, en unos casos, como una mera estrategia de confrontación frente al gobierno central del Partido Popular y, en otros, como un intento del PSOE de maquillar el supuesto agotamiento de su proyecto político. En concreto, el Partido Popular expresó, en este momento, su desacuerdo con iniciar un debate en Andalu-

---

[3] *Vid.* al respecto PÉREZ ROYO, J.- *El nuevo modelo de financiación autonómica: análisis exclusivamente constitucional.* McGraw-Hill, Madrid, 1997. p. XII y BALAGUER CALLEJÓN, F. «La financiación de las Comunidades Autónomas» en LÓPEZ GUERRA, L. ( coord..). *Estudios en Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. pág. 478 y ss. entre otros.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 290



cía sobre una posible reforma estatutaria aduciendo, básicamente, que la misma no resultaba necesaria y que no constituía una prioridad ni en agenda política andaluza ni en el interés de la ciudadanía.

En este primer momento, pues, el inicio del debate sobre la reforma estatutaria en Andalucía aparece como una iniciativa exclusivamente del Ejecutivo y del PSOE, sin una clara delimitación de los contenidos a reformar, con una declarada intención de incidir en el perfeccionamiento y consolidación del Estado Autonómico y sin que el panorama político, andaluz y nacional, ofreciera el marco más adecuado para alcanzar un consenso similar al constatado en el proceso estatuyente.

Durante los años siguientes el debate político sobre la reforma del estatuto no ofrece nuevos datos sobre los ya apuntados hasta que, en diciembre de 2003, la presidencia de la Junta hace público el documento «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», donde la posibilidad de la reforma aparece como una necesidad al objeto de acomodar sus contenidos a la situación social y política que se constata tras casi 25 años de existencia del Estatuto andaluz; en otros términos, la reforma estatutaria se presenta como una condición para preservar su normatividad.

El documento citado fue presentado en una sesión extraordinaria del Parlamento andaluz celebrada el 30 de diciembre de 2003 y, tras la cual, las posiciones de los partidos políticos quedaron fijadas en los mismos términos ya señalados:

El PSOE aparece como el principal defensor de una necesaria reforma estatutaria que, en el seno de la Comunidad Autónoma, consolide y actualice su sistema de autogobierno y que, en relación con el Estado, sirviera como referente de la defensa del modelo del Estado Autonómico aquilatado durante los últimos decenios en España. El PP seguía insistiendo en lo injustificado de iniciar este proceso de reforma estatutaria, mientras que IU mantuvo la insuficiencia de las reformas apuntadas en el documento «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía»[4].

El siguiente hito del proceso de reforma estatutaria en Andalucía viene dado, sin duda, por las elecciones generales y al parlamento andaluz de 14 de marzo de 2004. Como es sabido, el resultado electoral dio al PSOE la victoria a nivel nacional y la mayoría absoluta en la Asamblea legislativa andaluza, tras una campaña electoral en la que el tema de la reforma del Estatuto aparecía como uno de los ejes del Programa del PSOE anda-

[4] En julio de 2003 el Sr. D. Antonio Romero, Parlamentario andaluz de Izquierda Unida, había presentado un documento también titulado «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía» en el que se incluye, incluso, una propuesta de texto articulado cuyo artículo 1.1 reza en los siguientes términos: «*Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma, EN EL MARCO DEL ESTADO FEDERAL, PATRIA COMÚN INDIVISIBLE DE TODOS LOS ESPAÑOLES*». Evidentemente, esta mención al Estado Federal requeriría no ya una previa reforma del texto constitucional sino, entendemos, la puesta en marcha de un nuevo proceso constituyente.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 291



luz, aunque dicha cuestión no alcanzó el primer plano del debate político durante la campaña.

En cualquier caso, el nuevo mapa político andaluz y nacional parece más propicio para acometer la reforma del estatuto, en el marco de la posible reforma constitucional limitada y la de otros estatutos de autonomía, básicamente el Vasco y el Catalán. Desde un punto de vista político, los problemas que ahora se planteaban son, de un lado, alcanzar en el seno de la Comunidad Autónoma, un adecuado nivel de consenso, en principio, sobre la propia necesidad de la reforma del estatuto y, de otro, acompasar el proceso en Andalucía con los desarrollados en otras Comunidades Autónomas y con la reforma constitucional.

En cuanto al primero de los problemas planteados, la estabilidad gubernamental alcanzada tras los resultados de las últimas elecciones legislativas dota a la iniciativa de la presidencia de la Junta de un solvente respaldo parlamentario, aunque la mayoría de 3/5 requerida, en cualquier caso, para aprobar la propuesta de la reforma[5] hace necesario un amplio acuerdo que, por otra parte, garantice la ulterior aprobación de las Cortes Generales mediante la correspondiente Ley Orgánica.

Por lo que se refiere a la adecuación del calendario de la reforma en Andalucía con el de la reforma constitucional, si bien es cierto que en todo momento se ha insistido que el nuevo contenido estatutario se ajustará al actual modelo constitucional y desde la convicción de que la reforma constitucional, en caso de realizarse, tendrá un carácter tasado, al menos la anunciada reforma del Senado para su consolidación como autentica Cámara de representación territorial puede afectar a una parte del contenido de la reforma del estatuto. Por otra parte, la posible reforma del art. 57.1 de la Constitución[6] requeriría el procedimiento agravado, con la consiguiente disolución de las Cortes Generales con lo que el calendario de la reforma estatutaria podría verse alterado.

En relación con los procesos de reforma de los estatutos de otras Comunidades, la cuestión se plantea en la medida en que, como ya hemos señalado, la reforma del Estatuto andaluz presenta una dimensión que se proyecta sobre el propio modelo de Estado autonómico a modo de defensa de una estructura que no permita más asimetrías que las derivadas del desarrollo de diferentes políticas públicas por cada Comunidad Autónoma y no en diferentes modelos de relación Comunidad Autónoma-Estado central.

Una vez constituido el Parlamento andaluz y las diferentes comisiones, en el mes de junio, por acuerdo del Pleno del Parlamento se creó, en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario, una Ponencia de reforma del Es-

---

[5] Arts. 74.1 b) y 75 a) del Estatuto de Autonomía de Andalucía y art. 128 del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

[6] Al objeto de reconocer los mismos derechos sucesorios a los varones y a las mujeres.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 292



tatuto, compuesta por siete miembros[7], con el mandato de elaborar « *un informe que contendrá las propuestas y líneas de modificación del Estatuto de Andalucía*»[8] que será elevado a la Comisión de Desarrollo Estatutario y que, a la vista del mismo, podrá decidir si amplía los trabajos de la Ponencia.

La propuesta de constitución de la Ponencia, su composición y funciones fue presentada por todos los grupos parlamentarios de la Asamblea y aprobado el acuerdo por unanimidad. Igualmente la primera reunión de la Ponencia, celebrada el 24 de septiembre de 2004, se cerró con una declaración institucional acordada por los cuatro grupos de la Cámara andaluza de la que destacamos, resumidamente, los siguientes ejes: Asunción del carácter histórico del proceso para reformar el Estatuto de Autonomía de Andalucía, la centralidad y el protagonismo que el Parlamento andaluz debe asumir en dicho proceso, la reforma debe estar orientada por el bienestar de los ciudadanos y el reconocimiento de nuevos derechos, la necesidad de que en el proceso participen todos los sectores sociales y la voluntad de consenso como guía de la reforma estatutaria.

El mismo día 24 de septiembre se acordó la ampliación de la Ponencia en cuatro miembros, uno por cada grupo parlamentario, y en esta primera sesión de la Ponencia se aprobó el método y el calendario de sus trabajos. Así, se previó que existiría un primer borrador para el mes de junio de 2005 y que, en una primera fase, se llevarían a cabo una serie comparecencias ante la Comisión de Desarrollo estatutario del Parlamento andaluz organizadas en los siguientes bloques: En el primero estarían incluidos los ponentes del Estatuto de Carmona, los ex Presidentes de la Junta de Andalucía y los ex presidentes del Parlamento andaluz; en el segundo se incluirían a los ponentes de la Constitución española de 1978; en el bloque institucional se incluyen a los presidentes del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, del Consejo Consultivo, del Consejo Económico y Social, el Defensor del Pueblo Andaluz y el Presidente de la Conferencia de Rectores de Andalucía; del ámbito económico y profesional han comparecido representantes de la Confederación de empresarios, de los sindicatos UGT, CCOO, CSIF y SOC, de la Economía social, las organizaciones agrarias y pesqueras, de la Federación Andaluza de Cajas de Ahorros y del Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio; las comparecencias de los colectivos sociales han estado a cargo de representantes de organizaciones del Foro de la Inmigración, de colectivos de mujeres, mayores, asociaciones de vecinos, consumidores y usuarios, colectivos para la igualdad sexual, ONGs, minorías étnicas, entre otras; está previsto, por fin, que

[7] Con la siguiente distribución: 3 miembros del Grupo Parlamentario Socialista, 2 miembros del Grupo Parlamentario Popular de Andalucía, 1 miembro del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Convocatoria por Andalucía y 1 miembro del Grupo Parlamentario Andalucista.

[8] Acuerdo de Creación de una Ponencia de reforma del Estatuto de Autonomía del Parlamento de Andalucía, tomada en la sesión celebrada los días 29 y 30 de junio de 2004, publicada en el Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía, nº 27, Serie A, pág. 2518.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 293



cada grupo parlamentario proponga un experto jurista para que comparezca ante la Ponencia.

Con la constitución de la Ponencia y el inicio de los trabajos en el seno de la Comisión de Desarrollo estatutario del Parlamento andaluz, podemos señalar el inicio de una nuevo periodo del proceso de reforma caracterizado por una mayor estabilidad política en Andalucía y por una confluencia de todos los grupos políticos, ya sea por convicción ya sea obligados por las circunstancias, en un acuerdo previo sobre el inicio de dicha reforma.

En líneas generales, las intervenciones ante la Comisión de Desarrollo estatutario han proporcionado, hasta el momento, un importante material de trabajo, incluidas algunas propuestas de texto articulado parciales, del que puede inferirse algunos extremos en las que la práctica totalidad de las mismas coinciden:

– Una vez abierto el proceso de reforma, ha quedado de manifiesto que, efectivamente, el actual Estatuto es susceptible de modificaciones que aproximen su texto a la nueva realidad andaluza.

– El proceso de reforma es sentido como una labor que trasciende al ámbito de la Comunidad autónoma de Andalucía, en la medida en que puede constituir el contrapunto a la intención de desarrollar otros procesos de reforma estatutaria desde un ánimo de bilateralidad.

– En la práctica totalidad de las comparecencias se ha insistido en el papel histórico que, en su día jugó Andalucía en la construcción del actual Estado Autonómico, para afirmar la necesidad de que en el actual proceso de reformas estaturarias, nuestra Comunidad asuma un papel similar.

– En cuanto a los posibles contenidos de la reforma, puede constatarse que el documento «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía» ha servido para delimitar los ámbito materiales de las propuestas realizadas en las comparecencias.

Ciertamente, el método de trabajo desarrollado hasta el momento en el seno de la Comisión de Desarrollo estatutario ha facilitado un alto grado de participación de instituciones y colectivos de los ámbitos sociales y profesionales más significativos, no obstante, dicho método plantea algunas dudas sobre las siguientes fases del mismo y, desde nuestro punto de vista, algunas carencias. En relación con las últimas, quizá hubiera sido conveniente prever la comparecencia de los titulares de las diferentes Consejerías de la Junta de Andalucía, posiblemente hubiera debido preverse un mecanismo de asesoramiento técnico al servicio de la Comisión que evaluase económicamente y jurídicamente las diferentes propuestas realizadas, desde el punto de vista de su compatibilidad con el marco constitucional y desde el punto de vista de su viabilidad material.

En cuanto a las dudas, no queda claro si, una vez terminadas las comparecencias cada grupo parlamentario presentará un informe de síntesis como base para la elaboración del documento que tendrá que presentar la Co-

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 294



misión, tampoco queda claro si los trabajos de la Comisión terminarán con la presentación de un texto articulado para su tramitación como proposición de ley por el Parlamento andaluz y en cuanto al calendario, salvo la voluntad política de que los trabajos estén terminados para junio de 2005, no existe una previsión que contemple todas las fases de la reforma[9].

Paralelamente a los trabajos en sede parlamentaria, el gobierno andaluz ha constituido el Consejo Asesor para la Modernización del Estado de las Autonomías, adscrito a la Consejería de la Presidencia, cuyo trabajo se inició el mismo día que el de la Ponencia para la reforma estatutaria, el 14 de octubre de 2004.

Este Consejo, creado por Decreto de la Consejería de la Presidencia[10], nace como un órgano de asesoramiento del Consejo de Gobierno, con plena autonomía para fijar su sistema de trabajo, calendario de sesiones y funcionamiento, asignándole las siguientes funciones:

*«a) Examinar las repercusiones en el Estado Autonómico del proceso de construcción, funcionamiento y constitucionalización de la Unión Europea.*

*b) Formular propuestas para el perfeccionamiento y modernización del Estado Autonómico.*

*c) Valorar las repercusiones de todo orden, sociales, económicas y culturales, de las propuestas que se formulen por el citado Consejo Asesor.*

*d) Emitir informes sobre cuantas cuestiones en materia de modernización del Estado de las Autonomías le sean planteadas por el Consejo de Gobierno.»*[11]

Tanto por su composición[12], por el momento de su creación, como por el momento previsto para su disolución[13], este órgano está llamado a jugar un importante papel en el proceso de reforma estatutaria en Andalucía, junto a los trabajos que en sede parlamentaria se realicen al respecto, configurándose como una instancia especialmente cualificada para integrar en el debate sobre la reforma tanto los condicionantes derivados del proceso de integración europea y para servir como observatorio del resto de procesos de reforma estatutaria en otras Comunidades Autónomas.

Desde nuestro punto de vista, si la constitución de la ponencia en el seno de la Comisión de desarrollo estatutario apunta a un método de reforma

---

[9] De hecho, buena parte de las comparencias han manifestado su preocupación por los tiempos de la reforma y su coincidencia o no con el proceso de reforma constitucional y con el de otros estatutos.

[10] Decreto 497/2004, de 28 de septiembre de la Consejería de la Presidencia, por el que se crea el Consejo Asesor para la Modernización del Estado de las Autonomías. BOJA de 1 de octubre de 2004

[11] Art. 1.2 del Decreto de creación del Consejo Asesor.

[12] El Consejo está compuesto por los ex presidentes del Tribunal Constitucional, D. Pedro Cruz Villalón y D. Manuel Jiménez de Parga, por los ex presidentes de la Junta Andalucía, D. Rafael Escuredo Rodríguez y D. José María Rodríguez de la Borbolla y seis catedráticos de diferentes ramas jurídicas.

[13] El art. 7 del Decreto de creación del Consejo prevé su disolución una vez cumplida la finalidad para la que fue creado y, en cualquier caso, a la finalización de la presente legislatura.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 295



análogo al utilizado en el proceso constituyente en 1978, con la creación del Consejo Asesor queda abierta la posibilidad al ensayo de un mecanismo de reforma estatutaria cuya propuesta inicial parta de un comité de expertos sobre la que se desarrolle el debate político en sede parlamentaria. La capacidad de acuerdo en la Comisión de Desarrollo estatutario, la voluntad de los grupos políticos de alcanzar un alto grado de consenso sobre los contenidos de la reforma y la responsabilidad de los mismo a la hora de plantear propuestas en el marco del actual marco constitucional harán que ambos métodos señalados sean complementarios o, por el contrario, resulten ser alternativos.

## II.2. CARACTERES GENERALES DEL PROCESO DE REFORMA ESTATUTARIA EN ANDALUCÍA

Quizá sea pronto para adelantar conclusiones sobre la forma y el sentido que en Andalucía va a tener la reforma de su Estatuto, sin embargo, del proceso político desarrollado hasta el momento sí podemos señalar algunos caracteres que, a nuestro entender, pueden condicionar el contenido final de dicha reforma:

*a) El porceso de reforma del Estatuto en Andalucía se ha planteado dentro de los límites de la Constitución y, en principio, su desarrollo no dependería del momento en que se llevara a cabo una eventual reforma de la Constitución*

No obstante, sería erróneo afirmar que el proceso de reforma estatutario es ajeno a una posible reforma constitucional ya que, tanto en el documento de la Presidencia antes citado, como en la mayoría de las intervenciones ante la Comisión de Desarrollo estatutario, se ha señalado la conveniencia y la suficiencia de una reforma constitucional que, en materia de organización territorial del Estado, llevara a cabo la reforma del Senado, al objeto de configurarlo como Cámara de representación parlamentaria, e incluyera la mención expresa de las Comunidades Autónomas en la Constitución.

La asunción de que una reforma constitucional que incluyera ambos extremos señalados podrían ser suficientes para profundizar en la tendencia federalizante del Estado Autonómico constituye, entiendo, la constatación de que un debate en profundidad sobre el Título VIII de la Constitución, aunque absolutamente necesario jurídicamente hablando, resulta políticamente poco viable. De otra parte, la falta de acuerdo necesaria para llevar a cabo la anunciada reforma constitucional limitada no debería ser un obstáculo para que Andalucía culminara la reforma de su Estatuto.

En otro orden de cosas, la declaración expresa de someter los contenidos de la reforma estatutaria a los actuales límites constitucionales representa, igualmente, una toma de posición en contra de cualquier intento de suplir, de forma más o menos encubierta, esta imposibilidad política de

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 296



aborda una reforma constitucional en profundidad de la Constitución, mediante la reforma de los Estatutos de Autonomía.

*b) El objetivo de la reforma estatutaria en Andalucía es, al menos por el momento, la actualización del Estatuto dentro de consolidación y la racionalizaión del Estado Autonómico, en el sentido de plasmar normativamente los perfiles que el desarrollo político y jurisprudencial le han dado al mismo*

Si la Constitución incluye elementos propios del Estado regional clásico –su Disposición Transitoria 2ª es un claro ejemplo– el acceso a la autonomía por la vía del 151 CE de Andalucía rompió con la posibilidad de este fuera el modelo implantado en España y abrió las puertas al resto de Comunidades Autónomas a un pleno contenido de su autogobierno. El caso andaluz, los casos valenciano y canario y los pactos autonómicos de 1981 dejaron sentadas las bases del actual modelo autonómico español, de la asunción de un Estado Autonómico como fórmula diferenciada del regionalismo, de una parte, y de la estructura federal pura, de otra. Un modelo, no obstante, que ha demostrado una clara vocación federativa sobre la base de los principios de unidad, igualdad y solidaridad.

Así, el proceso de reforma en Andalucía vendría a representar la tendencia a consolidar este modelo en que, por mor del principio de igualdad, no caben posiciones privilegiadas de ninguna Comunidad Autónoma. En otros términos, el modelo andaluz constituye una apuesta por el actual Estado Autonómico asumiendo, en cualquier caso, que el mismo necesita de un reajuste y de una modernización para seguir siendo operativo, mientras que otras reformas representan un autentico replanteamiento de la actual estructura territorial del Estado español que difícilmente tendría cabida en nuestro marco constitucional, reivindicando, en algún caso, un autentico papel como agente constituyente de la Comunidad autónoma en el seno del Estado y, en otros casos, procurando un posición diferenciada más propia de un sistema regional clásico.

*c) El contenido y el sentido de la reforma del Estatuto en Andalucía se presenta como un posible modelo para el resto de Comunidades Autónomas*

Aunque esta pretensión también ha sido aducida en Cataluña y en el País Vasco respecto de sus respectivos procesos de reforma estatutaria, lo cierto es que en ambos casos, y al margen de las sustanciales diferencias que entre dichos procesos se dan, la cuestión se ha planteado en unos términos que, al fin y a la postre, suponen un intento de alterar el actual Estado Autonómico.

En el caso vasco, el Plan Ibarretxe implica un replanteamiento total del proyecto de convivencia plasmado en la Constitución española de 1978, sustituyéndolo por un modelo confederal pensado sólo para el País Vasco y su consolidación como entidad política soberana.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 297



Por su parte, el debate sobre la articulación de la relación entre la competencia estatal sobre la legislación básica y la autonómica sobre la legislación de desarrollo a través del «blindaje» estatutario de los ámbitos competenciales autonómicos, mediante una regulación exhaustiva de dichos ámbitos, implicaría una especial relación entre esta Comunidad Autónoma y el Estado central en la que la legislación básica de éste último tendría un alcance más limitado que en el resto de Comunidades. Ciertamente, esta técnica del blindaje estatutario podría ser asumida por el resto de Comunidades Autónomas pero ni políticamente parece posible y constitucionalmente supondría un drástico recorte del nivel central. En definitiva, se trata de una propuesta inviable para todo el Estado y que, en última instancia, consagraría normativamente el esquema regional que, durante 25 años ha ido diluyéndose a favor del modelo autonómico.

Frente a lo anterior, la reforma en Andalucía se ha planteado como un paso más en la consolidación y modernización del Estado Autonómico, desde un acuerdo multilateral en y con el Estado central y con el resto de Comunidades Autónomas.

*d) El proceso de reforma estatutaria en andalucía se ha contextualizado históricamente, tomando como referencia el papel que, en su día, jugó Andalucía en la conformación del Estado AAutonómico a través de la excepcional modalidad de acceso a la Autonomía de Andalucía*

A lo largo del proceso de puesta en marcha de la reforma del estatuto andaluz se ha recordado y reivindicado el papel que Andalucía jugó como elemento fundamental de la vertebración del Estado de las Autonomías, al utilizar el artículo 151 CE como vía de acceso a su autogobierno.

Así, el modelo abierto del título VIII de la Constitución en el que confluyen elementos propios del regionalismo, como consecuencia de las reivindicaciones de los nacionalismos históricos, y un potencial federalizante del Estado ha sido concretado en un largo proceso cuyo inicio político puede fácilmente identificarse con la incorporación de Andalucía a las Comunidades que accedieron desde un primer momento al máximo nivel de autogobierno, abriendo el camino al resto de Comunidades, tanto en lo que se refiere al modelo de organización institucional como al nivel de competencias asumidas por ellas.

Y este papel jugado por Andalucía es asumido como una responsabilidad política en el sentido de revalidar aquel papel en esta nueva fase de la evolución del Estado Autonómico. Por decirlo en otros términos, si la legitimidad histórica de determinadas Comunidades Autónomas fue determinante en la configuración del texto constitucional de 1978, la historia de los últimos veinticinco años es ahora invocada desde Andalucía, no para alcanzar una posición preferente respecto del resto de Comunidades Autónomas sino para que todas ellas actúen en los parámetros perfilados en estos veinticinco años de historia del Estado Autonómico andaluz.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 298



*e) Uno de los elementos más destacados en el debate sobre el contenido de la reforma será, con seguridad, la articulación normativa de las Comunidades Autónomas como pieza clave en el desarrollo de la dimensión social del Estado, a través de la posible incorporación de una carta de derechos sociales en el Estatuto andaluz*

En este sentido, el proceso autonómico en Andalucía tuvo un componente reivindicativo vinculado a un secular retraso económico que, en su día condicionó el propio contenido del Estatuto –baste señalar el art. 12 EA- que ha condicionado el desarrollo de las políticas públicas desarrolladas por los poderes públicos andaluces– en el sentido de dotarlas de un fuerte contenido social- y que, al menos por la toma de posición que se han adelantado respecto del contenido de la reforma, van a hacer que uno de los elementos sobre los que más se insistirá en el debate sobre la reforma será, precisamente, la plasmación estatutaria de la intervención de la CCAA en el desarrollo del Estado social.

## III. LOS CONTENIDOS DE LA REFORMA

Por el momento, de los únicos datos que se disponen para conocer cuales serán los ámbitos materiales del Estatuto objeto de reforma es el documento de la Presidencia de la Junta «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía» y las propuestas realizadas por los comparecientes ante la Comisión de Desarrollo Estatutario. Se trata, por tanto, de un material provisional, poco elaborado y que no nos permite el análisis jurídico de contenidos normativamente perfilados.

No obstante, de lo expuesto hasta el momento se deduce un contexto que, sin duda, condicionará el contenido y alcance final de la reforma del Estatuto. En concreto, los extremos dentro de los cuales se moverá el debate son:

a) **La finalidad, dentro del actual marco constitucional, de normalizar y normativizar el modelo actual del Estado Autonómico.** En este sentido, y en primer lugar, la reforma deberá suplir un déficit normativo que el Estatuto presenta en relación con determinadas materias tales como el definitivo cierre de las competencias asumidas por la Comunidad andaluza, la organización territorial de la Comunidad y la articulación de la autonomía local en su seno. En segundo término, la reforma presenta una oportunidad óptima para incorporar al Estatuto elementos que, desarrollados por vía legislativa, tienen una clara naturaleza estatutaria, sobre todo por lo que se refiere a la organización de las instituciones de la Comunidad, la competencia del Presidente de la Junta para disolver el Parlamento es quizás el ejemplo más claro al respecto. En tercer lugar, del modelo definido por el Estatuto pueden inferirse elementos que, sin estar previsto expresamente en el mismo, tienen una natural cabida en su lógica, así, por ejemplo, la forma de gobierno parlamentaria diseñada en el Estatuto justificaría la incorporación del Decreto Ley a las fuentes del ordenamiento jurídico andaluz.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 299



b) **La finalidad de modernizar y actualizar el Estado Autonómico.** En cumplimiento de este objetivo resultará imprescindible revisar los fines básicos de la Comunidad definidos en el artículo 12 del Estatuto. Igualmente, la reforma no podrá desconocer nuevos problemas planteados a las Comunidades Autónomas tales como la inmigración, el desarrollo de la sociedad de la información y los nuevos derechos a ella aparejada, la creación de nuevos movimientos de articulación social y la exigencia de niveles de participación ciudadana más elevados, la asunción de nuevos modelos de gestión de los recursos naturales basados en un desarrollo sostenible. Y, aparejado, a todo ello será necesario completar el entramado de órganos de la Comunidad.

c) **El marco de la Unión Europea y la posible aprobación del Tratado de Constitución Europea**. Se trata, no sólo de prever la participación de la Comunidad en los procesos de toma de decisión en las instituciones europeas o de articular la ejecución de la normativa comunitaria en materias que sean de la competencia de aquella, sino que el marco europeo debe ser una referencia en el desarrollo del resto de la reforma estatutaria. Por citar sólo algunos ejemplos de previsiones contenidas en el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que deberían ser tenidas en cuenta en los procesos de reforma estatutaria cabe señalar, entre otros, los objetivos contenidos en el artículo I-3 que pueden ser una referencia para articular normativamente los de la Comunidad europea, el principio de subsidiaridad viene referido en el art. I-11 refiere el principio de subsidiaridad a todos los ámbitos territoriales de gobernanza e, igualmente, los principios contenidos en los artículos I-47 y I-48, relativos a la democracia participativa, pueden servir como referencia en el ámbito de las Comunidades autónomas.

En cuanto al documento «Bases para la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», entendemos que constituye una útil guía de los elementos susceptibles de incluir en el debate sobre los contenidos de la reforma y sintetiza la orientación y sentido que se ha querido dar al proceso de reforma estatutaria en Andalucía de quien ha impulsado, hasta el momento, dicho proceso. De hecho, como hemos apuntamos anteriormente, ya ha tenido la virtualidad de marcar los temas abordados por la mayoría de los comparecientes ante la Comisión de Desarrollo estatutario, dotando al debate de un esquema común de temas a tratar. Sin que pueda obviarse que dicho documento no es fruto de un acuerdo político sino una propuesta de la Presidencia de la Junta y, como tal, incorpora un proyecto político concreto que, sin duda, no será asumido en su totalidad por el resto de fuerzas policías en Andalucía.

Con todo, y por constituir la referencia más elaborada hasta ahora, entendemos conveniente exponer un resumen de su contenido, sobre todo en lo que se refiere a las propuestas más novedosas respecto del actual texto estatutario. Así, el documento se articula en un Preámbulo y en Diez Bases con el siguiente contenido:

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 300



La BASE PRIMERA, está dedicada al AUTOGOBIERNO y en ella se proclama al mismo como un elemento inherente al Estado Autonómico y como una garantía de los ciudadanos andaluces a participar en todos los asuntos que les afecten. Esto es, se parte de una consideración de la autonomía política no como un derecho de los territorios sino como un instrumento al servicio de las personas.

La BASE SEGUNDA, con la denominación, DEL COMPROMISO SOCIAL: LOS DERECHOS Y LIBERTADES, se trata lo que podría ser el contenido más novedoso, al proponer la incorporación al Estatuto de una Carta de Derechos Sociales de los andaluces, que diera cuenta de los derechos de nueva generación que atiendan a nuevas exigencias de la sociedad. Se hace un especial énfasis en la igualdad de género como objetivo prioritario de los poderes públicos. Se propone el reconocimiento expreso de la igualdad de derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y de los extranjeros residentes en Andalucía con el resto de andaluces, como factor decisivo para la integración de los mismos.

La BASE TERCERA, está dedicada a LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO

En líneas generales, se plantea el desarrollo del autogobierno con la creación de nuevos órganos (Consejo Audiovisual de Andalucía, Oficina de control presupuestario y la Oficina de Evaluación de políticas públicas, ambas en el seno del Parlamento) y de incorporación al estatuto del desarrollo legislativo en relación con la forma de gobierno (Disolución del parlamento como poder discrecional del Presidente).

Cabe destacar, asimismo, la propuesta de que el Estatuto contenga un mandato que obligue a incorporar en la ley electoral andaluza criterios de igualdad de género en la elaboración de las listas electorales.

En cuanto a la elección de los Senadores designados por las Comunidades Autónomas se propone que dicha designación pueda recaer en cualquier ciudadano que ostente la condición política de andaluz[14].

La BASE CUARTA, se desarrolla bajo la rúbrica DE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA.

Se trata, en este caso, de una serie de declaraciones generales tendentes a favorecer la participación ciudadana, sin propuestas cerradas pero concretables en materia de divulgación y conocimiento del Estatuto en los centros de enseñanza, el uso de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de participación, el papel de las ONGs como interlocutores sociales o la lucha contra el transfugismo.

Nuevamente el compromiso con la igualdad de género vuelve a ser expresada, en este caso a través de la propuesta de que en la composición

[14] Desde nuestro punto de vista, tal previsión, junto a una remisión genérica a lo establecido en el texto constitucional, proporciona una regulación estatutaria más flexible en previsión de eventual reforma constitucional de la composición y funciones del Senado.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 301



de los órganos de asesoramiento y consulta de la Junta se determine bajo el principio de paridad de género.

La BASE QUINTA se refiere a LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

No se realiza ningún planteamiento que pudiera condicionar la estructura constitucional en esta materia[15], aunque de la redacción de esta Base se deduce una indudable apuesta por un sistema competencial válido para todas las Comunidades Autónomas y que sirva para superar las deficiencias detectadas sin alterar el esquema general del Estado Autonómico.

Así, por lo que se refiere a los elementos disfuncionales, se propone la asunción de aquellas competencias cuya concreción jurisprudencial ha ampliado la participación de las Comunidades Autónomas en su ejercicio (como ejemplo cabe citar la asunción de la gestión de los parques naturales andaluces). Igualmente se menciona expresamente la restrictiva interpretación de la competencia estatal de ordenación general de la actividad económica que han limitado la capacidad de las Comunidades en relación a su planificación económica, dando efectivo cumplimiento al art. 148.13, en relación con el 149.13 de la Constitución.

Aun cuando se trata de un contenido que trasciende al que corresponde a un Estatuto de Autonomía, se menciona la necesidad de potenciar los mecanismos de cooperación con el Estado (reforma del Senado, potenciación de la Conferencia de Presidentes de Comunidades Autónomas), lo que incide en ese carácter multilateral del proceso de reforma estatutaria en Andalucía al que ya hemos hecho referencia.

La BASE SEXTA está dedicada a la ECONOMÍA Y SOCIEDAD.

En esta base se recogen una serie de declaraciones generales, que pueden ser la base de parte de los nuevos contenidos del artículo del Estatuto dedicado a fijar los objetivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y que, en definitiva, darían sustento normativo al fundamental papel de las Comunidades Autónomas en la consolidación de la dimensión social del Estado democrático[16] y constituiría un desarrollo, a nuestro entender, esencial del artículo 9.2 de la Constitución.

---

[15] Aunque si se recoge implícitamente el principio de igualdad como criterio básico, así el punto 2 de esta base proclama que «*Las propuestas que se formulen desde Andalucía deben ser, como lo fueron en el pasado próximo, modelo para el resto de Comunidades Autónomas, esto es, el punto de referencia para un funcionamiento armónico del Estado autonómico en su conjunto, sin perjuicio de la relación bilateral con el Estado que sea preciso establecer....*»

[16] Reconocimiento de la Economía social de mercado como marco de la libertad de empresa, el pleno empleo y la calidad del trabajo como orientación de las políticas públicas de la Junta, desarrollo de la Economía social, son algunos de los principio propuestos que, por otra parte, constituyen principios proclamados en el Tratado de Constitución Europea, con lo que la reforma del Estatuto reflejaría normativamente, incluso antes que la propia Constitución, la dimensión y orientación social del proceso de integración europea.

11287-304-Estado autonomico47 14/10/05 16:26 Página 302



La BASE SÉPTIMA establece los criterios generales en materia de PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.

Como propuestas concretas más destacada se recoge la posible creación de la figura del Defensor de la Naturaleza, la incorporación del principio de precaución en materia de desarrollo tecnológico y biotecnológico, la posibilidad de incorporar al sistema fiscal andaluz tributos de tipo ambiental y el reconocimiento del desarrollo sostenible como criterio de actuación de los poderes públicos.

La BASE OCTAVA trata sobre la ORGANIZACIÓN TERRITORIAL.

Como ya adelantamos en esta materia el Estatuto andaluz presenta un importante déficit normativo que escasamente resulta satisfecho con las propuestas recogidas en esta base. Aunque se enuncian los principios rectores en esta materia con la inclusión del principio de subsidiaridad como principal novedad[17], no se toma posición con cuestiones básicas, planteadas desde el municipalismo, tales como la posible inclusión en el Estatuto de una relación de competencias y de ámbitos materiales en los que deberán reconocérsele participación a los municipios. Igualmente, la mención de las Diputaciones resulta poco esclarecedora sobre su futuro papel en el desarrollo de la organización territorial de la Comunidad Autónoma junto a otras modalidades de articulación del territorio (áreas metropolitanas, comarcar, mancomunidades).

En cualquier caso, la mención a la Carta de Autonomía Local que se realiza en el punto 3 de esta base proporciona una base sobre los futuros contenidos en esta materia, que entendemos deberían incluirse en un título específico del Estatuto.

La BASE NOVENA está dedicada a la FINANCIACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

Evidentemente, este tema junto al de las competencias, resulta el más sensible en un proceso de reforma estatutaria que, sin embargo, depende claramente de una necesaria reforma constitucional previa, por lo demás poco probable.

Por tanto, dentro del margen en el que puede desarrollarse en debate en el seno de las Comunidades autónomas sin que el modelo constitucional actual sea rebasado, la propuesta más concreta se centra en la creación de la Agencia Tributaria andaluza.

El resto de los puntos señalados en la base novena constituyen más un catálogo de cuestiones pendientes de tratar en un futuro debate político a nivel estatal en materia de financiación de las Comunidades Autónomas y en las que, nuevamente, se deja traslucir la posición de la Comuni-

[17] Junto a los de Proximidad, eficacia, coordinación y máxima descentralización.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 303



dad Autónoma andaluza a favor de un modelo basado en los principios de igualdad y solidaridad[18].

Esta base se completa con la mención a dos cuestiones planteadas específicamente en el debate político andaluz: El reconocimiento de la actualización de la población real andaluza como base para el cálculo de la participación de Andalucía en los ingresos del Estado y la cuestión de la llamada Deuda histórica[19].

La BASE DÉCIMA está dedicada a LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

En este caso, inevitablemente, es la Unión Europea la referencia más destacada y la necesidad de formular estatutariamente la capacidad de la Comunidad Autónoma de aplicar y ejecutar la normativa comunitaria en aquellas materias de su competencia, así como la necesidad de fijar mecanismos de participación en los procesos de toma de decisión en las instituciones de la Unión Europea (sobre todo en la representación española en el Consejo de Ministros cuando sean tratados temas del exclusivo interés de Andalucía).

---

[18] Especialmente significativo resulta el punto 6 de la base novena en el que se proclama que «*Andalucía promoverá la adopción de medidas para que la financiación de las comunidades Autónomas tienda a ser equivalente en términos financieros, y en particular, para que progresivamente se igualen los resultados entre el régimen común y el foral*»

[19] La cuestión de la llamada Deuda Histórica trae su causa en la actual Disposición Adicional Segunda del Estatuto y, tal y como se ha puesto de manifiesto en las comparencias ante la Comisión de Desarrollo Estatutario el principal problema radica en la disparidad de interpretaciones de lo pueda entenderse como tal. Así, las propuestas van desde la compresión de la misma como un auténtico hecho diferencial que justificaría un régimen financiero para Andalucía hasta su interpretación como una asignación excepcional para garantizar los servicios transferidos en su día a la Comunidad Autónoma andaluza que se realizaron bajo el criterio de coste efectivo que, en algunos casos, obligó a la Comunidad a realizar un gasto adicional para garantizar la prestación mínima del servicio transferido a todos los andaluces.

11287-304-Estado autonómico47 14/10/05 16:26 Página 304

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 305

# COMUNICACIONES

## ESTADO AUTONÓMICO E INTEGRACIÓN

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 306

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 307

# PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

**Mónica Arenas Ramiro**
*Profesora de Derecho Constitucional*
*Universidad de Alcalá de Henares*

El objeto de esta comunicación es analizar brevemente el desarrollo y la garantía de un derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales, desde la perspectiva del Estado Autonómico, es decir, analizando cuál ha sido la distribución efectiva de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas en lo que al desarrollo y garantías de este derecho se refiere, así como la problemática que se ha derivado de la misma.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 18.4 de la Constitución dispone que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». De acuerdo con el Tribunal Constitucional, en este artículo se reconoce no sólo un «instituto de garantía» de algunos derechos, sino un derecho o libertad fundamental, el derecho a la protección de datos personales,[1] que consiste en el poder de controlar y disponer de los datos personales insertos en programas informáticos (o susceptibles de ser automatizados). En palabras del Tribunal Constitucional, «el derecho fundamental a la protección de datos personales persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado..., garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos».[2] Entiende el Tribunal que el constituyente ha querido garantizar mediante el actual artículo 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también un ámbito de protección más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derechos que no pueden aportar una protección suficiente frente a la nueva realidad derivada del progreso tecnológico.[3]

---

[1] Ya en la STC 254/1993 el TC habló de la «libertad informática». Posteriormente se ha mantenido la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales en las SSTC 143/1994, 11/1998, 94/1998, 202/1999, 290/2000 y 292/2000.

[2] STC 292/2000, FJ 6º.

[3] STC 290/2000, FJ 4º. *Vid.* también, M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes*, 2002, pp. 270-271.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 308



## II. DESARROLLO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En el desarrollo del derecho a la protección de datos personales el legislador tiene una especial responsabilidad, ya que es él quien determina las facultades que constituyen el contenido de este derecho. Así lo ha reconocido también el propio Tribunal Constitucional que afirmó en 1993, en la primera sentencia relativa a esta materia, que «el primer problema que suscita este derecho es el de la ausencia... de un desarrollo legislativo del mismo» y que «cuando se opera con una «reserva de configuración legal» es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador».[4]

Por otro lado, puesto que se trata del desarrollo de un derecho fundamental, no se discute que la competencia corresponde a las Cortes Generales, que deberán desarrollar el derecho por Ley orgánica,[5] sin perjuicio de que los Parlamentos autonómicos, como es el caso que nos ocupa, puedan aprobar también ciertas disposiciones legislativas en la materia, que son concreción de la citada Ley orgánica.

### II.1. EL LEGISLADOR CENTRAL

En cumplimiento del mandato del artículo 18.4 de la Constitución, y ante los constantes avances tecnológicos e informáticos y los evidentes peligros que para los derechos de la personalidad suponen la recogida, almacenamiento y tratamiento de datos personales por medios informáticos, el legislador elaboró, para limitar el uso de la informática, la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en adelante, LORTAD). Esta Ley, además, incorpora el contenido del Convenio 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981 (en adelante, Convenio 108).[6] Posteriormente, esta Ley fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), para transponer al ordenamiento interno los cambios introducidos en esta materia por la Directiva 95/46/CE, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (en adelante, Directiva 95/46/CE).[7]

---

[4] STC 254/1993, FJ 6º.

[5] Art. 81 CE. *Vid.* también, A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales,* 2002, pp. 344-345.

[6] Este Convenio se elaboró en el seno del Consejo de Europa y fue ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984.

[7] En desarrollo de la LORTAD el Gobierno aprobó el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos mediante RD 428/1993; el RD 1332/1994, por el que se regulan determinados aspectos del tratamiento automatizado de datos de carácter personal; el RD 994/1999, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados de datos personales; y el RD 195/2000, por el que se establece el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 309



Estas Leyes orgánicas de protección de datos (tanto la derogada LORTAD, como la vigente LOPD) surgen, como establecen en su artículo 1, con el objetivo de garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.[8] En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el objeto de la Ley no es el uso de la informática, sino la protección de los datos personales, como derecho fundamental, y ha añadido que esta protección no puede estar al servicio de otros fines que no sean los que tiene fijados constitucionalmente, ni tampoco puede ser medio o instrumento de cualquier otra actividad.[9] Así pues, podemos decir que el derecho a la protección de datos personales se ha desarrollado a través de las dos Leyes orgánicas señaladas.

En cuanto al contenido de estas Leyes, en primer lugar, el legislador establece en esta norma los principios que deben regir cualquier tratamiento de datos personales que se lleve a cabo, como, por ejemplo, los relativos a la licitud de los datos o los que deben regir las transferencias de datos.[10] En segundo lugar, la Ley define los derechos de los titulares de datos personales, que son los que constituyen el contenido del derecho fundamental que estamos analizando: el derecho a ser informado, el derecho a la libre disposición de los datos –manifestado a través del consentimiento–, el derecho de acceso y los derechos de oposición, rectificación y cancelación.[11] En tercer lugar, establece disposiciones concretas sobre la creación y el funcionamiento de ficheros públicos y privados.[12] Y, por último, para controlar los tratamientos de datos y garantizar el derecho fundamental a la protección de datos, el legislador crea con esta norma la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD).[13]

Debemos señalar que, de acuerdo con la Disposición Final 2ª de la LOPD no todo el texto articulado de la Ley tiene el carácter de Ley orgánica. Son Ley orgánica las normas que definen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos y las normas que establecen los principios del tratamiento de datos –las que constituyen el «desarrollo» en sentido estricto del derecho fundamental–; por el contrario, no tienen este carácter las disposiciones que se refieren a la creación y funcionamiento de ficheros, ni las relativas a la AEPD.

---

automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el RD 994/1999. Toda esta normativa de desarrollo continúa en vigor tras la aprobación de la LOPD, mientras no la contradiga, tal y como dispone la Disp. Adic. 3ª LOPD.

[8] Art. 1 LOPD.

[9] STC 290/2000.

[10] Títulos II y V LOPD.

[11] Título III LOPD.

[12] Título IV LOPD.

[13] Título VI LOPD.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 310



## II.2. EL LEGISLADOR AUTONÓMICO

Una vez «desarrollado» el derecho a la protección de datos personales a través de la LORTAD y de la LOPD, y puesto que estas Leyes establecían que los ficheros de datos creados y gestionados por las Comunidades Autónomas quedarían sujetos al control del órgano que creara cada Comunidad, y que las Comunidades Autónomas podían crear y mantener sus propios registros de ficheros, las Comunidades Autónomas entendieron que la Ley contenía una «habilitación» para elaborar normas autonómicas en la materia y se aprobaron diversas Leyes sobre protección de datos personales. En todos los casos, estas Leyes autonómicas, según se establece en los respectivos Preámbulos, son fruto del mandato establecido en la LORTAD y en la LOPD. Hay que señalar que ningún Estatuto de Autonomía atribuye a su Comunidad Autónoma competencias en materia de protección de datos personales; aunque en alguna Comunidad, como es el caso de Cataluña, el Preámbulo de la Ley de Protección de Datos hace también referencia a la competencia de los poderes públicos de la Comunidad, recogida en el Estatuto de Autonomía, para promover la igualdad de sus ciudadanos y remover cualquier obstáculo que dificulte el ejercicio de los derechos de los mismos.[14]

Las materias para las cuales las Comunidades Autónomas han encontrado una habilitación concreta en la LORTAD o en la LOPD son básicamente: la regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones que creen, modifiquen o supriman ficheros de titularidad de la Comunidad;[15] la delimitación de las funciones, organización y régimen jurídico básico de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad;[16] y otras cuestiones relativas a cooperación interadministrativa y a seguridad.[17] Por lo tanto, las Leyes autonómicas en materia de protección de datos contienen, sobre todo, normas reguladoras de las citadas materias.

Con independencia de las normas que regulan la utilización de la informática para la modernización de las Administraciones públicas, las Comunidades Autónomas que han aprobado normas sobre protección de datos personales son las siguientes: Madrid, Cataluña, País Vasco, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Navarra y Castilla y León. Atendiendo al tipo de norma aprobado y al contenido de la misma, podemos clasificar las Comunidades Autónomas en dos grupos:

a) El primer grupo de Comunidades Autónomas estaría integrado por aquéllas que han aprobado Leyes autonómicas que regulan, primero, el

[14] En este sentido, *vid.*, por ejemplo, de las tres Comunidades que tienen Agencias, el art. 7 Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, el art. 8 Estatuto de Autonomía de Cataluña, y el art. 9 Estatuto de Autonomía del País Vasco.

[15] Art. 41.2 LOPD.

[16] Art. 41.1 LOPD.

[17] Art. 41.3 LOPD.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 311



régimen de los ficheros públicos de titularidad autonómica, y, segundo, la creación de una agencia que responde al modelo definido en la LOPD. Estas Comunidades son las siguientes:

- Madrid. Al amparo de lo establecido en la LORTAD, se promulgó en Madrid la Ley 13/1995, de Regulación del Uso de la Informática en el Tratamiento de Datos Personales por la Comunidad de Madrid, derogada por la Ley 8/2001, de Regulación de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid.[18] Esta Ley regula primero, el régimen de los ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por la Comunidad y por sus entes locales; segundo, las responsabilidades sobre los mismos; y, tercero, la naturaleza, régimen jurídico y organización de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, para todo lo cual sigue las líneas y directrices establecidas en la LOPD. La Ley reproduce las definiciones de la LOPD y omite cualquier referencia a los derechos de los titulares de los datos, así como a los principios que deben regir los tratamientos de datos personales, pues, como dice en su Preámbulo, «son aspectos esenciales que delimitan el sistema de protección de las libertades públicas y de los derechos fundamentales, ya regulados en la Ley Orgánica».
- Cataluña. En esta Comunidad se aprobó la Ley 5/2002, de creación de la Agencia Catalana de Protección de Datos, en función de lo establecido en la LOPD y como dice el Preámbulo de la Ley, debido al alto grado de informatización conseguido por la Administración de la Generalidad de Cataluña, con el fin de desarrollar el marco regulador de la sociedad de la información en Cataluña con plenas garantías por lo que respecta a la protección de los datos de carácter personal.[19] Esta Ley regula, exclusivamente, la creación, organización y competencias de la Agencia Catalana, remitiéndose únicamente a la LOPD para hacer suyo el régimen de infracciones y sanciones allí establecido.[20]

---

[18] En desarrollo de esta Ley el Gobierno de la Comunidad elaboró, a imagen del EAEPD, el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 40/2004, que derogaba el Estatuto aprobado por Decreto 22/1998. Además del Estatuto de la Agencia, como desarrollo de la Ley Autonómica sobre Protección de Datos se aprobaron en la Comunidad de Madrid el Decreto 99/2002, por el que se regula la creación, modificación y supresión de ficheros de datos personales, y el Decreto 67/2003, por el que se aprueba el Reglamento que regula las funciones de tutela de derechos y control de ficheros por parte de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

[19] En desarrollo de esta Ley, se aprobó su Estatuto por Decreto 48/2003.

[20] La Ley catalana dedica muy pocos preceptos al derecho a la protección de datos, centrándose en la regulación de la Agencia. *Vid.* J. BACARIA MARTRUS, «La Agencia Catalana de Protección de Datos (algunos aspectos comparativos con la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid). La cuestión de las competencias autonómicas sobre ficheros de titularidad privada en la Ley catalana», en M.A. DAVARA RODRÍGUEZ (coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho 2002-2003*, 2003, pp. 48-49.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 312



- País Vasco. En función del mandato recogido en la LOPD, se aprobó en el País Vasco la Ley 2/2004, por la que se regulan los Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y se crea la Agencia Vasca de Protección de Datos. Esta Ley define en primer lugar los ficheros que quedan bajo su regulación; en segundo lugar, crea la Agencia de Protección de Datos, regulando aspectos esenciales de su régimen jurídico; y, por último, establece el régimen sancionador. La Ley reproduce definiciones contenidas en la LOPD, disposiciones relativas al tratamiento de datos (como por ejemplo, las relativas a su licitud), disposiciones relativas a los derechos de los interesados (como el derecho a la información), y reproduce también el régimen sancionador establecido por la LOPD, aunque en la Ley vasca no se hace mención expresa, en ninguno de estos casos a la LOPD, a excepción de en su Preámbulo, en lo relativo a la obligación de inscribir en el Registro las autorizaciones allí mencionadas y en la regulación de los datos del padrón.

b) El segundo grupo de Comunidades Autónomas estaría integrado por aquéllas en las que el Parlamento no ha aprobado una Ley, sino que ha sido el Gobierno el que ha elaborado un Decreto en el que únicamente se regula el régimen de los ficheros públicos de datos personales de titularidad autonómica. Estas Comunidades Autónomas son:

- Comunidad Valenciana. Con independencia de la diversa normativa elaborada por la Comunidad Valenciana en atención a la necesidad de informatización de los servicios de la Generalitat Valenciana y por la que se crearon, entre otros órganos, la Comisión Informática de la Generalitat Valenciana,[21] la promulgación de la LORTAD provocó la aprobación del Decreto 96/1998, en el que se regula la organización de la función informática, la utilización de los sistemas de información, y se crea el Registro de Ficheros Informatizados en el ámbito de la Administración de la Generalidad. Este Decreto recoge muchos de los principios que, de acuerdo con la LORTAD, deben regir los tratamientos de datos personales, así como las medidas de seguridad de los ficheros.
- Castilla-La Mancha. De acuerdo con la LORTAD, se aprobó en Castilla-La Mancha el Decreto 2/1995, sobre ficheros automatizados de datos de carácter personal dependientes de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por el que se asignaron funciones específicas a los distintos órganos de la Administración autonómica. Dicho Decreto fue derogado con el fin de adecuar la normativa sobre la materia a lo dispuesto en la LOPD y

[21] En idéntico sentido, por ejemplo, se aprobó en Cantabria el Decreto 170/2003, que regula la función informática en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Cantabria y crea la Comisión de Informática y Simplificación Administrativa, derogando el Decreto 36/1990, de creación de la Comisión de Informática.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 313



se aprobó, en su lugar, el Decreto 53/2002, que establece las normas relativas a los ficheros de titularidad de la Comunidad, un procedimiento para garantizar y facilitar que los interesados puedan ejercer su derecho de acceso, oposición, rectificación y cancelación de datos de carácter personal, registrados en soporte físico susceptibles de tratamiento por cualquiera de los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y crea, asimismo, el Comité Regional de Protección de Datos, como órgano intermediario entre el ciudadano y el responsable del fichero, aunque éste no responde al modelo de agencia de protección de datos definido en la LOPD.

- Navarra. En cumplimiento de la LORTAD se aprobó el Decreto Foral 143/1994, para regular los ficheros informatizados con datos de carácter personal dependientes de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos. Con motivo del cambio normativo introducido por la LOPD se aprobó el Decreto Foral 152/2002, por el que se modifican los ficheros informatizados de datos de carácter personal dependientes de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos.
- Castilla y León. Al amparo de lo establecido en la LOPD se aprobó el Decreto 11/2003, por el que se regulan los ficheros de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento automatizado de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, que derogó el Decreto 40/1999, por el que, hasta ese momento, se regulaban los Ficheros Automatizados de Datos de Carácter Personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En el nuevo Decreto, además de las normas relativas a los ficheros (inscripción, registro, publicidad, cesión...) se regula el ejercicio de los derechos de los titulares de los datos, remitiéndose a lo establecido en la LOPD.

## III. GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El derecho a la protección de datos personales tiene, además de las garantías comunes a todos los derechos fundamentales, una garantía específica introducida por la LORTAD: la Agencia Española de Protección de Datos. El establecimiento de esta garantía específica responde a diversas razones.

En primer lugar, se tuvo en cuenta lo establecido en la normativa internacional sobre la materia que vincula a nuestro Estado.[22] La primera de las normas que hizo referencia a la existencia de una autoridad de control fue el Convenio 108, aprobado en el seno del Consejo de Europa, aun-

[22] Así, la estructura e independencia de estas autoridades también variará en función del modelo adoptado. *Vid.* G. Freixas Gutiérrez, *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Aspectos teóricos y prácticos*, 2001, p. 285.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 314



que no definía los criterios ni las pautas que debían inspirar la actuación y las funciones del citado órgano en el ámbito nacional. Posteriormente, el *Acuerdo de Schengen* también exigió que cada Parte contratante designara a una autoridad de control independiente encargada de controlar el fichero de la parte nacional del sistema de Schengen.[23] Y, por último, la Directiva 95/46/CE estableció los criterios que debían regir la creación y organización de estas autoridades en los países miembros.[24] Como se puede ver, en Europa se ha optado, claramente, por la creación de un órgano especializado para la garantía del derecho a la protección de los datos personales,[25] a diferencia del ordenamiento norteamericano, en el que se ha optado por encomendar la tutela de este derecho a los Tribunales ordinarios.[26]

En segundo lugar, el legislador español, de acuerdo con las normas antes mencionadas, entendió que, debido a las amplias posibilidades de lesión que ofrece, actualmente, la informática, era preciso crear un órgano independiente,[27] especializado en la materia, que respondiera de forma rápida y que actuara de forma preventiva.[28] En un principio se planteó la posibilidad de que fuera el Defensor del Pueblo el encargado de la protección de datos personales, aunque esta idea fue desechada por la

[23] Arts. 114.1 y 128.1 Acuerdo Schengen, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1993.

[24] Art. 13.2 Convenio 108, que impone a los Estados partes la designación de una o varias autoridades de control, cuya ubicación y denominación debían comunicarse al Secretario General del Consejo de Europa. Y, posteriormente, art. 28 Directiva sobre Protección de Datos, que también menciona la posibilidad de la existencia de más de una autoridad de control en un Estado miembro. *Vid.* A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos con estudio sistemático de la LO 15/1999*, 2001, p. 206; A.I. HERRÁN ORTÍZ, *El derecho a..., op. cit.*, pp. 323-324.

[25] Un buen ejemplo, sobre todo, para modelos descentralizados, como es el caso español, lo constituye Alemania. *Vid.* D. GÓMEZ GAMBOA, *El tratamiento automatizado de datos frente a los derechos fundamentales al honor, intimidad y protección de datos de carácter personal*, 2001, p. 178; y G. FREIXAS GUTIÉRREZ, *La protección de...*, op. cit., p. 286.

[26] No es esta la única diferencia entre el sistema europeo y el norteamericano, ya que mientras el europeo tiene un carácter preventivo, el norteamericano exige que se haya producido el daño. *Vid.* A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *La protección de los datos personales en el derecho español*, 1999, p. 249; M. HEREDERO HIGUERAS, «La Agencia de Protección de Datos», en *Informática y Derecho*, nº 6/7, 1994, p. 323; A.A. SÁNCHEZ BRAVO, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, 1998, pp. 115-116. Para otras clasificaciones, *vid.* A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas tecnologías, intimidad...*, op. cit., p. 208; y M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, *La protección de datos en Europa*, 1998, p. 59.

[27] Sobre la necesidad de crear una institución independiente que garantizara el derecho a la protección de datos, conviene recordar que la doctrina no ha dudado en afirmar que para el ejercicio de determinadas funciones cuya finalidad es la garantía de los derechos fundamentales la neutralidad e independencia vienen exigidas incluso constitucionalmente, pero que la CE no exige que se cree una «autoridad independiente» para el ejercicio de todas aquellas funciones relacionadas con un derecho fundamental. Es un problema de interpretación constitucional de los derechos fundamentales. *Vid.* M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes*, op. cit., pp. 266-267. Sobre la naturaleza constitucional de la Agencia, vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 744, VI Legislatura, de 15 de septiembre de 1999, p. 21877; y A.I. HERRÁN ORTÍZ, *El derecho a..., op. cit.*, pp. 324-325.

[28] Así lo reconoce también la STC 290/2000. *Vid.* M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes, op. cit.*, p. 270; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «El control de la Agencia de Protección de Datos sobre los ficheros automatizados de carácter personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 30-31, 2000, pp. 80-81; y F. GALINDO, *Derecho e informática*, 1998, pp. 88-89.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 315



posible desvirtuación que se produciría de la institución del Defensor del Pueblo, y se decidió crear un organismo específico, la AEPD.[29] El Tribunal Constitucional, por su parte, así lo ha reconocido, y ha mantenido que «la creación de dicho ente y las funciones atribuidas al mismo permiten garantizar el ejercicio por los ciudadanos del haz de facultades que integran el contenido del derecho fundamental a la protección de datos».[30]

De la misma forma que a nivel central se ha creado una autoridad independiente encargada de garantizar el derecho a la protección de datos personales, la AEPD, a nivel autonómico las Comunidades Autónomas también han creado «autoridades independientes», Agencias de Protección de Datos autonómicas, siguiendo el modelo de la AEPD.[31]

## III.1. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

### III.1.1. Creación y organización

La AEPD fue creada por la LORTAD para garantizar el cumplimiento de las previsiones y mandatos en ella establecidos (regulada, posteriormente, de la misma manera, por la LOPD) y está sujeta al régimen jurídico establecido en el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, EAEPD), aprobado por Real Decreto 428/1993. Tanto la LOPD como el EAEPD la definen como un ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones.[32]

Una de las características definitorias de la AEPD es su «independencia», que deriva, esencialmente, del estatuto de sus miembros.[33] La Agencia se compone de los siguientes órganos: el Consejo Consultivo, el Director y, como órganos jerárquicamente dependientes del Director, el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General.

---

[29] El ampliar el campo de actuación del Defensor a los sujetos privados hubiera significado desnaturalizar la institución del Defensor del Pueblo, puesto que la Constitución, en su art. 54, y la LO 3/1981 del Defensor del Pueblo en su art. 1, le encomiendan al mismo la defensa de los derechos del Título I CE sólo respecto de la actuación de la Administración Pública. *Vid.* A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas tecnologías, intimidad..., op. cit.,* p. 209; y, en este sentido, C. RUÍZ MIGUEL, «En torno a la protección de los datos personales automatizados», en *REP*, nº 84, 1994, p. 259; A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *La protección de..., op. cit.,* p. 250; y G. FREIXAS GUTIÉRREZ, *La protección de..., op. cit.,* p. 287.

[30] SSTC 254/1993 y 290/2000. *Vid.* M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes, op. cit.,* p. 271.

[31] Es sabido que las Comunidades Autónomas disponen de una Administración propia, organizada de manera semejante a la Administración General del Estado y en la que también existe un considerable número de entes instrumentales, por lo que los problemas que se planteen a nivel autonómico serán semejantes a los que se planteen a nivel central. *Vid.* M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes, op. cit.,* p. 262.

[32] Art. 35.1 LOPD y art. 1 EAEPD.

[33] También tiene independencia financiera, como se desprende del art. 35.4 LOPD. *Vid.* R. VELÁZQUEZ BAUTISTA, *Protección jurídica de datos personales automatizados,* 1993, p. 136; T. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Informática y libertades. La protección de datos personales y su regulación en Francia y España,* 2003, pp. 381-382.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 316



El Consejo Consultivo es el órgano colegido de la Agencia encargado de asesorar al Director de la misma.[34] Se compone de 9 miembros propuestos, cada uno de ellos, por: el Congreso, el Senado, el Gobierno, la Federación Española de Municipios y Provincias, la Real Academia de la Historia, el Consejo Superior de Universidades, el Consejo de Consumidores y Usuarios, las Agencias Autonómicas de Protección de Datos existentes y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.[35] Estos miembros desempeñan su cargo por un periodo de cuatro años, son nombrados por el Gobierno y cesado también por el mismo a propuesta del órgano o institución que les propuso.[36]

El Director es elegido y nombrado por el Gobierno de entre los miembros del Consejo Consultivo.[37] Su mandato tiene una duración de cuatro años, pero puede cesar previamente del cargo a petición propia y, además, por acuerdo del Gobierno, previa instrucción de un expediente por los siguientes motivos: incumplimiento de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida, incompatibilidad (ya que el estatus del Director corresponde al de un Subsecretario y está sujeto al régimen de incompatibilidades de los Altos cargos regulado por la Ley 25/1983) y condena por delito doloso.[38] El Director no está sujeto a mandato imperativo, por lo que ejerce sus funciones con plena independencia, sin estar sujeto a instrucción alguna en el desempeño de las mismas.[39] La doctrina ha criticado que el Director sea nombrado y cesado por el Gobierno, lo cual puede traducirse en una falta de independencia.[40] Por otro lado, también se ha critica-

[34] Art. 38 LOPD y art. 18.1 EAEPD.

[35] Art. 38 LOPD y art. 19.1 EAEPD. Se ha criticado la falta de representantes de los sindicatos y del Poder Judicial. Así, FREIXAS ha dicho del Consejo que «dada su diversidad, se asemeja más a una reunión de amigos que a un verdadero órgano consultivo». *Vid.* G. FREIXAS GUTIÉRREZ, *La protección de..., op, cit.,* p. 290. *Vid.* también, A.E. PÉREZ LUÑO, *Manual de Informática y Derecho,* 1996, p. 56; A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *La protección de..., op. cit,* p. 262; A. SOLÁ FARRIOLS, «La Agencia de Protección de Datos: una consecuencia de la Ley Orgánica 5/1992», en *Actualidad Informática Aranzadi,* nº 9, 1993, p. 6; y A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas tecnologías, intimidad..., op. cit.,* p. 217.

[36] Arts. 20 y 19.2 y 3 EAEPD.

[37] Art. 36.1 LOPD y art. 14.1 EAEPD.

[38] Art. 36.3 LOPD y art. 15 EAEPD.

[39] Art. 36.2 LOPD y art. 16 EAEPD.

[40] Entre las numerosas críticas, *vid.* G. FREIXAS GUTIÉRREZ, *La protección de..., op, cit.,* pp. 288-289; A.I. HERRÁN ORTÍZ, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales,* 1999, pp. 344 y 346; A.A. SÁNCHEZ BRAVO, *La protección del derecho...*, p. 116; M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, «La Ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad?», en *AJA*, nº 76/77, 1992, p. 3; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «El control de...», *op. cit.,* pp. 82-83; J.L. CASCAJO CASTRO, «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal», en J.M. SAUCA, *Problemas actuales de los derechos fundamentales,* 1994, p. 11; y A.E. PÉREZ LUÑO, «Comentario legislativo: la LORTAD y los derechos fundamentales», en *Derechos y Libertades,* nº 1, 1993, pp. 413-414, que califica a la AEPD de «mero delegado gubernativo para la informática». Por el contrario, opina HEREDERO HIGUERAS, a nuestro entender de una forma desafortunada, que el hecho de que la designación del Director se haga por el Gobierno es irrelevante desde el punto de vista de su independencia, pues la designación parlamentaria, en sí misma, también «puede acarrear un riesgo de politización, en la medida en que la elección de su titular o titulares pueda estar mediatizada por la correlación de las fuerzas políticas». *Vid.* M. HEREDERO HIGUERAS, «La Agencia de...», *op. cit.*, p. 326; y de la misma forma, A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *La protección de..., op. cit.,* p. 252; M.N. DE LA SERNA BILBAO, «La Agencia de

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 317



do la organización interna de la AEPD, porque el Director es el verdadero «poder» dentro de la misma, y el Consejo Consultivo no tiene competencias suficientes que le permitan actuar como «contrapeso» al mismo.[41]

### III.1.2. Competencias

El artículo 37.1 de la LOPD recoge las competencias de la Agencia.[42] Son numerosas las clasificaciones que se han realizado de estas competencias que responden, en última instancia, a la función de tutela y control de los datos personales.[43] Nosotros hemos ordenados de la siguiente manera las competencias de la Agencia:

a) Competencias de control, supervisión e inspección. La AEPD debe velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos; atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas; recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria; velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal; controlar los movimientos internacionales de datos personales; y velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de la Función Estadística Pública sobre recogida de datos estadísticos y secreto estadístico.[44]

---

Protección de Datos española: con especial referencia a su característica de independiente», en *AI*, nº 22, 1997, p. 14; T. García-Berrio Hernández, *Informática y libertades..., op. cit.*, pp. 368-369; y, en el mismo sentido, E. Suñé Llinás, *Tratado de Derecho Informático. Introducción y Protección de datos personales*, Vol. I, 1999, p. 184.

[41] Art. 36 LOPD y art. 11 EAEPD. Sobre la estructura de la Agencia varios autores han lamentado que ésta no adoptara la forma colegiada ofreciendo mayor peso al Consejo Consultivo como órgano de decisión (y de control, en última instancia) frente al Director, con lo que se hubiera evitado que una sola persona acumulara todo el poder y se hubiera garantizado la independencia y el pluralismo de esta institución. Vid. entre estos autores, J. Fernández-Samaniego, «La nueva Ley de protección de datos de carácter personal española», en *REDI*, nº 24, 2000, p. 4; y M. Roca Junyent/E. Torralba Mendional, «La Ley de Protección de Datos», en *La Ley*, nº 2, 2000, p. 7; A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.*, pp. 334-335; y de la misma autora, *La violación de..., op. cit.*, p. 349-350.

[42] También el Capítulo II EAEPD. En el ejercicio de sus funciones públicas, y en defecto de los que disponga la LOPD y sus disposiciones de desarrollo, la AEPD actuará conforme a la LRJAP, y en sus adquisiciones patrimoniales y contratación estará sujeta al Derecho privado, tal y como dice el art. 35.2 LOPD.

[43] Arts. 37 y 40-42 LOPD. Diferentes clasificaciones las podremos encontrar en A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.*, p. 331; R. Martínez Martínez, «El control de...», *op. cit.*, pp. 86-87; L. Rebollo Delgado, *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*, 2004, pp. 167-1169; E. Del Peso Navarro/M.A. Ramos González, *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, 1994, p. 173, que distingue: función jurídica, relacionada con la defensa de los derechos de las personas, función administrativa, que incluye las actividades de gestión y función reguladora de la seguridad; y M. M. Serrano Pérez, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, 2003, p. 474, que añade la función inspectora y sancionadora.

[44] Art. 37.1.a), d), i), j) y l) LOPD. *Vid.* A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.*, p. 332, y G. Freixas Gutiérrez, *La protección de..., op, cit.*, p. 293 y 299-301.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 318



b) Competencias relativas a la adopción de decisiones. La Agencia es competente para emitir las autorizaciones previstas en la LOPD o en sus disposiciones reglamentarias; requerir a los responsables y a los encargados de los tratamientos la adopción de medidas necesarias para adecuarse a lo establecido en la LOPD y, cuando proceda, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros; y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos.[45]

c) Competencias normativas. De acuerdo con la LOPD, la AEPD tiene atribuida potestad normativa para dictar las instrucciones precisas en orden a adecuar los tratamientos a los principios de la LOPD, y para dictar las instrucciones precisas en relación con los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos. Esta competencia se materializa en las Instrucciones y Recomendaciones de la AEPD.[46]

d) Competencias de asesoramiento. Como órgano especializado en la materia, la AEPD proporciona información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal; informa, con carácter preceptivo, de los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley; y redacta una Memoria anual que remite al Ministerio de Justicia.[47]

e) Potestad sancionadora, que la Agencia ejerce de acuerdo con el régimen de infracciones y sanciones establecido en la LOPD, incluso en relación con las infracciones cometidas por las Administraciones públicas.[48]

f) Otras competencias que la Ley atribuye a la AEPD son: publicar periódicamente una relación de los ficheros de datos personales, y desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.[49]

Respecto del ámbito de actuación de la AEPD, de acuerdo con la LORTAD y con la LOPD, ésta ejerce las competencias antes descritas, en primer lugar, en relación con los ficheros de datos creados o gestionados directamente por la Administración central del Estado (el control de los ficheros creados o gestionados por la Administración autonómica y local es competencia de los Agencias Autonómicas de Protección de Datos) y, en segundo lugar, en relación con todos los ficheros de titularidad privada.

---

[45] Art. 37.1.b), f) y l) LOPD.

[46] Art. 37.1.c) y m) LOPD. *Vid.* T. García-Berrio Hernández, *Informática y libertades..., op. cit.,* pp. 384-385 y 387; L. Marroig Pol, «Las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos», en *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 23, 1997, pp. 1 y ss., y A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.,* pp. 333-334.

[47] Art. 37.1.e), h) y k) LOPD. *Vid.* A. Téllez Aguilera, *Nuevas tecnologías, intimidad..., op. cit.,* pp. 173-174.

[48] Arts. 37.1.g) y m) y 46 LOPD. *Vid.* A. Téllez Aguilera, *Nuevas tecnologías, intimidad..., op. cit.,* pp. 254-262, y E. Collado García-Lajara, *Protección de datos de carácter personal*, 2000, pp. 114-118.

[49] Art. 37.1.j) y l) LOPD. *Vid.* A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.,* p. 333; y G. Freixas Gutiérrez, *La protección de..., op, cit.,* p. 314. Hay que señalar que la AEPD fue nombrado, por RD 156/1996, representante español en el denominado *G 29* (Grupo de Protección de Personas previsto en el art. 29 Directiva 95/46/CE).

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 319



En lo que a la distribución de competencias entre organismos centrales del Estado y Comunidades Autónomas se refiere, el principal conflicto se ha planteado precisamente en relación con el ámbito de actuación de la AEPD y las Agencias Autonómicas, y más concretamente, en relación con el control de los ficheros privados. El Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la LORTAD[50] denunciando que esa distribución de competencias entre la AEPD y las Agencias Autonómicas de Protección de Datos lesionaba el reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Consideraban los recurrentes que el hecho de que la ejecución de la LORTAD correspondiera en exclusiva a un órgano estatal, la AEPD, privaba a los órganos de las Comunidades Autónomas del ejercicio de las funciones y potestades de ejecución de la LORTAD respecto de los ficheros de titularidad privada radicados en su territorio y que se hubieran creado en el marco de actividades relativas a materias sobre las que las Comunidades Autónomas tuvieran atribuida competencia. Argumentaban los recurrentes que el tratamiento automatizado de datos de carácter personal no es una materia competencial específica, sino una actividad instrumental de materias competenciales, de manera que habría que estar al reparto competencial para determinar, en cada caso, según a quien corresponda la materia respecto de la que se haya creado un fichero privado, quién es el competente para controlar dicho fichero.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 290/2000, que resuelve dichos recursos, afirma que el objeto de la LOPD, tal y como señala la propia norma, es la protección de los datos personales y no el uso de la informática, negándole carácter instrumental a la protección de datos personales y considerándola una materia competencial autónoma. Por este motivo, el Tribunal entiende que debe ser la AEPD quien controle todos los ficheros privados, incluso los que radiquen en las Comunidades Autónomas, porque la creación de la AEPD responde no sólo al mandato constitucional del artículo 18.4 CE, sino a la garantía de un derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales y, porque es competencia del Estado, en base al artículo 149.1.1 CE, asegurar el respeto de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de las condiciones básicas que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los ciudadanos.[51]

A pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido que hemos visto, la opinión doctrinal sobre la competencia de control de los ficheros privados no es pacífica.

[50] Aunque la LORTAD fue derogada durante el transcurso del recurso de inconstitucionalidad, el TC consideró que «la regla general en este supuesto es que cuando la controversia competencial se ha planteado (...) y tal controversia pervive tras la derogación de la ley que ha suscitado el conflicto, es procedente que nos pronunciemos sobre el mismo». *Vid.* STC 290/2000.

[51] En el mismo sentido, *vid.* G. Freixas Gutiérrez, *La protección de..., op, cit.*, pp. 318-319; y A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.*, pp. 345-346.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 320



Un sector doctrinal, que se ha mostrado conforme con el fallo del Tribunal Constitucional, hace suyos los argumentos utilizados por el Tribunal, y entienden así que los operadores privados no actúan en un único marco territorial o material, es decir, que éstos desarrollan su actividad, normalmente, en más de una Comunidad Autónoma, incluso en ocasiones a nivel internacional y sobre diferentes ámbitos materiales; por ello, consideran necesaria la existencia de un tratamiento y un control unitario de los ficheros de titularidad privada, pues, en caso contrario, es decir, si existieran mecanismos de tutela de la protección de datos distintos en cada una de las Comunidades Autónomas, y la protección de datos tuviera un carácter instrumental, se lesionaría la seguridad jurídica, ya que ante cada fichero habría que plantearse en qué título competencial se encuadra, según sus finalidades específicas, pudiendo incluso darse la posibilidad de que sobre un mismo fichero, que tuviera diversas finalidades, tuvieran competencias tanto la AEPD como las Agencias Autonómicas.[52] Además, afirman que la fragmentación territorial de los mecanismos de garantía del derecho a la protección de datos personales iría en contra de la igualdad exigida constitucionalmente en el artículo 149.1.1 CE con independencia de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos.[53]

Otro sector doctrinal no se ha mostrado tan de acuerdo con el fallo del Tribunal Constitucional. Estos autores mantienen que la regulación de los ficheros tiene un carácter meramente instrumental y no corresponde a ningún título competencial concreto.[54] En este sentido, argumentan que las funciones que las Comunidades Autónomas desarrollan en esta materia son básicamente funciones de creación, gestión y control de los ficheros, es decir, en definitiva, funciones de ejecución,[55] por lo que no habría ningún problema en entender que dichas funciones se atribuyeran a las Agencias Autonómicas, tanto si se tratara de ficheros públicos como privados. Por otro lado, puesto que se trata de la garantía de un derecho fundamen-

---

[52] C. Gay Fuentes, *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, 1995.p. 128; y A. Garriga Domínguez, *La protección de..., op. cit.*, pp. 268-269.

[53] P. Lucas Murillo de la Cueva, «Informática y protección...», *op. cit.*, p. 159; y del mismo autor, *El derecho a la autodeterminación informativa*, 1990, p. 160.

[54] En idéntico sentido la STC 76/1984 resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado contra el art. 3.1.a) de la Ley 11/1982, de 8 de octubre, de creación del Instituto Cartográfico de Cataluña. De acuerdo con el TC, la actividad cartográfica tiene un carácter instrumental con relación a múltiples actividades de los particulares y respecto de numerosas actividades de las Administraciones públicas y el silencio de la CE y del Estatuto de Autonomía de Cataluña se aplica, no como una reserva tácita y residual de competencia estatal exclusiva del art. 149.3 CE, sino como un tácito reconocimiento de que la cartografía no es una materia sobre la que sólo se pueda actuar en virtud de normas de atribución de competencia, sino como una actividad técnica relacionada con competencias que, estas sí pueden pertenecer al Estado o a una Comunidad Autónoma. *Vid.* G. Freixas Gutiérrez, *La protección de..., op, cit.*, pp. 312-314; y A. Ruíz Carrillo, *Los datos de carácter personal. Concepto, requisitos de circulación, procedimientos y formularios*, 1999, p. 58.

[55] *Vid.* G. Freixas Gutiérrez, *La protección de..., op, cit.*, pp. 316-317. En sentido contrario mantiene Garriga Domínguez que los recurrentes parecen olvidar las importantes funciones de integración e interpretación normativa atribuidas por la LORTAD que van más allá de esa calificación. *Vid.* A. Garriga Domínguez, *La protección de..., op. cit.*, p. 269.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 321



tal, estos autores apoyan su tesis, también, en los Estatutos de Autonomía, que reconocen la competencia de sus poderes públicos para promover la igualdad y la garantía de los derechos. Además de esto, consideran que si se limitan de este modo las competencias de las Agencias Autonómicas de Protección de Datos, se corre el riesgo de que la AEPD no pueda hacer frente a la tarea de controlar todos los ficheros privados existentes.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con el Tribunal Constitucional en que tratándose de protección de datos personales, estamos ante un derecho fundamental que, como tal, debe ser regulado por Ley orgánica, esto es, por las Cortes Generales, a las que corresponde, como establece el art. 149.1.1 de la Constitución, asegurar las mismas condiciones en el ejercicio del derecho. Desde este punto de vista, la protección de datos personales no es simplemente una materia instrumental, como alegan los recurrentes, es, en primer lugar, un derecho fundamental. Ahora bien, si la ley orgánica que desarrolla ese derecho fundamental establece con claridad las facultades que lo integran y los principios que deben respetar tanto los poderes públicos como los sujetos privados en el tratamiento de datos personales, como es el caso (la LOPD tiene un contenido muy similar al de las normas internacionales y al de las correspondientes normas de otros Estados europeos), entonces no hay problema en entender que a las Comunidades Autónomas les pueden corresponder competencias de ejecución de la ley, competencias de gestión, supervisión y sanción, como se ha hecho en relación con otras materias similares. Y así lo hace la LOPD, atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias necesarias para que creen una agencia de protección de datos autonómica que se encargue de garantizar el cumplimiento de la ley y proteger el derecho fundamental. Sin embargo, la ley diferencia entre ficheros públicos y privados, cosa que, por cierto, no se hace en la Directiva comunitaria de la que la ley es transposición, ni tampoco en las correspondientes leyes de otros Estados europeos, y establece que las agencias autonómicas sólo podrán controlar los ficheros públicos, no los ficheros privados. Si la agencia autonómica es garantía suficiente para los ciudadanos frente a la actividad de los poderes públicos relativa a ficheros de datos, ¿por qué no lo es en la misma medida frente a la actividad privada relativa a ficheros de datos? El Tribunal Constitucional no explica suficientemente esta diferencia, máxime cuando, en definitiva, tanto en un caso como en otro se trata de lo mismo: garantizar el cumplimiento de la LOPD. Aquí es donde sí podría tener sentido el argumento de los recurrentes, es decir, una vez que la ley orgánica ha atribuido competencias a las Comunidades Autónomas en la ejecución de la ley, además de las que atribuye a los órganos centrales, para determinar la distribución de esas competencias ejecutivas, sí se podría atender a la materia a la que se refiere el fichero privado y atribuir el control de dicho fichero a quien sea competente por razón de la materia.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 322



## III.2. LAS AGENCIAS AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE DATOS

### III.2.1. Creación y organización

Como hemos visto, la LOPD contempla expresamente la posibilidad de que en cada Comunidad Autónoma se cree un órgano encargado de velar por los derechos y libertades de los ciudadanos en esta materia.[56] En función de lo dispuesto en la LOPD, han creado su propia Agencia Autonómica de Protección de Datos, Madrid,[57] Cataluña[58] y el País Vasco,[59] estando en fase de aprobación la normativa de la Comunidad Valenciana que crea la Agencia de Protección de Datos y en fase de elaboración la correspondiente norma de Castilla-La Mancha.[60]

Estas Agencias autonómicas, al igual que la estatal, son entes de derecho público «independientes», que no reciben órdenes, instrucciones ni a directrices administrativas.[61] Su estructura orgánica es semejante a la de la AEPD y todas ellas se componen de: un Consejo Consultivo,[62] un Director y un Registro de Ficheros de Datos Personales, dependiente del Director.[63] Como peculiaridades organizativas de estas Agencias Autonómicas podemos destacar:

---

[56] Dice el art. 41.1 LOPD que «Las funciones de la Agencia de Protección de Datos... serán ejercidas, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control». *Vid.* A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *La protección de..., op. cit.*, p. 267.

[57] La Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid en la actualidad se rige por lo dispuesto en el Capítulo IV de la Ley 8/2001, reguladora de la Protección de Datos de Carácter Personal, y por su Estatuto, aprobado por Decreto 40/2004. La Agencia se puso en funcionamiento en julio de 1997, con el nombramiento de los primeros miembros del Consejo de Protección de Datos, quienes propusieron por unanimidad el nombramiento del primer Director. *Vid.* A. TRONCOSO REIGADA, «Presentación», en *Memoria de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid 2002*, 2002, pp. 7-10.

[58] La Agencia Catalana de Protección de Datos ha sido creada por la Ley 5/2002, y se ha aprobado su Estatuto por Decreto 48/2003.

[59] La Agencia Vasca de Protección de Datos es fruto de la Ley 2/2004, reguladora de los Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública, en cuyo Título II recoge su creación.

[60] El 2 de noviembre de 2004 se produjo el I Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales, donde se expuso la normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas en esta materia y se reclamó una mayor competencia para las mismas. *Vid.* Noticia de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, de 4 de noviembre de 2004.

[61] Destaca, por ejemplo, la inamovilidad del Director de la Agencia durante su mandato, limitada por unas causas tasadas de cese susceptibles de revisión jurisdiccional. *Vid.*, respectivamente, art. 16 Ley 8/2001; art. 13 Ley 5/2002; y art. 15 Ley 2/2004.

[62] Hay que señalar que no en todas las Comunidades se le denomina Consejo Consultivo, sino Consejo de Protección de Datos en Madrid o Consejo Asesor sobre Protección de Datos en Cataluña. Las Comunidades han acertado con este tratamiento pues en realidad el Consejo es un órgano de asesoramiento y no consultivo.

[63] En la Comunidad de Madrid, se encuentran a cargo del Director: una Subdirección General del Registro de Ficheros y Consultoría, una Subdirección General de Inspección y Tutela de Derechos, la Secretaría General, y el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad. En Cataluña van a depender del Director: la Secretaría General, la Asesoría Jurídica, el Área del Registro de Protección de Datos y el Área de Inspección. Y en el País Vasco, se está a la espera de lo que se establezca en el Estatuto de la Agencia.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 323



1. En relación con el Consejo Consultivo. A nivel autonómico este Consejo tiene mayor relevancia que el Consejo de la AEPD.[64] Destaca el hecho de que en Cataluña el Presidente del Consejo no es el Director de la Agencia, como ocurre en la estatal y en la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, sino que será nombrado por el Presidente de la Generalidad de Cataluña y asistirá al Consejo con voz, pero sin voto.[65] Por su parte, en el País Vasco todavía no se ha determinado la forma de nombramiento del Director del Consejo, pues las normas de organización y funcionamiento del Consejo todavía no han sido aprobadas.

2. En relación con el Director. A diferencia de la forma de elección del Director de la AEPD, en la Comunidad de Madrid se exige que el Director sea «previamente designado» por el Consejo Consultivo, lo que refuerza su carácter independiente, y se exige también que él mismo tenga conocimientos técnicos en la materia;[66] en Cataluña se dice únicamente que se le nombrará «a propuesta» del Consejo Consultivo;[67] y en el País Vasco, al igual que en la AEPD, el Consejo Consultivo no interviene a la hora del nombramiento del Director.[68]

### III.2.2. Competencias

En el artículo 41 LOPD, además, de reconocerse la posibilidad de creación de Autoridades de control a nivel autonómico, tal y como hemos visto, se definen las competencias de estas autoridades y su ámbito de actuación.

En cuanto a las competencias, hay que señalar que las Agencias Autonómicas de Protección de Datos tienen las mismas competencias que la estatal,[69] a excepción, como dice el artículo 41 LOPD, de las competencias relacionadas con las transferencias internacionales de datos, la publicidad de los tratamientos y la redacción de una Memoria Anual. Aquí hay que señalar que, en realidad, no se trata de competencias reservadas a la Administración del Estado, sino desarrolladas, en principio, por la AEPD, sin perjuicio de que también puedan ser desarrolladas por las

---

[64] Mientras que en el caso de la AEPD, como dice el art. 18.1 EAEPD, el Consejo Consultivo es simplemente «oído», sin que sean preceptivos sus Informes; por otro lado, en el caso de las Comunidades Autónomas examinadas, los Informes del Consejo serán vinculantes en tanto que se le «deberá oir», como dicen, respectivamente, en Madrid los arts. 16.2 y 17.1 Ley 8/2001, y el art. 15.2 Ley 2/2004 en el País Vasco; o, como dice el art. 13.2 Ley 5/2002 de Cataluña, se le «ha de oír».

[65] Art. 14.3 Ley 5/2002.

[66] Arts. 16.1 y 17 Ley 8/2001. *Vid.* A.I. HERRÁN ORTÍZ, *El derecho a..., op. cit.*, pp. 348-349; y, aunque con referencia a la antigua Ley 13/1995, G. FREIXAS GUTIÉRREZ, *La protección de..., op, cit.*, p. 289.

[67] Art. 13 Ley 5/2002.

[68] Art. 15 Ley 2/2004.

[69] Recordemos que las competencias de la AEPD las agrupábamos en: competencias de control; competencias relativas a la adopción de decisiones; competencias normativas; competencias de asesoramiento; potestad sancionadora; y competencias de publicidad, cooperación normativa y cooperación internacional y regional.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 324



Agencias Autonómicas,[70] como ocurre actualmente con la redacción de las Memorias Anuales.

La diferencia fundamental entre la AEPD y las autonómicas reside en el diferente ámbito de actuación de una y otras. El ámbito de actuación de estos organismos autonómicos se encuentra restringido al territorio de la propia Comunidad Autónoma y a los ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local situada en el territorio de la Comunidad.[71] La LORTAD, y actualmente la LOPD, excluyen, en todo caso, la competencia de las Agencias Autonómicas sobre los ficheros de titularidad privada, y es aquí, como hemos visto, donde surgió el conflicto sobre la distribución de competencias entre la Agencia Estatal y las Autonómicas.[72]

En relación con los «ficheros públicos» de titularidad autonómica, los únicos sobre los que son competentes los organismos autonómicos, hay que señalar que no todas las Comunidades Autónomas entienden de la misma manera lo que es un «fichero público», lo cual ha provocado que existan algunas diferencias entre unas y otras. El problema se da en aquellos casos donde la diferencia entre lo público y lo privado no es muy clara, como ocurre con las sociedades mercantiles, las Universidades privadas y las entidades privadas que prestan servicios públicos, sean o no concesionarias de éstos. Así, en la Comunidad de Madrid se consideran ficheros públicos los ficheros de las Administraciones Públicas territoriales (tanto autónomas como local), los de la Administración Corporativa (como las Universidades públicas y las Corporaciones de Derecho público como los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio) y los ficheros de la Administración Institucional, quedando excluidos los ficheros de cualquier tipo de sociedad mercantil;[73] en Cataluña, por el contrario, se incluyen los ficheros de las sociedades mercantiles o civiles en las que la Generalitat o los entes locales tengan la participación mayoritaria del capital, cuando lleven a cabo actividades por cuenta de la Administración Pública y, también, los ficheros de las Universidades privadas;[74] y, por último, en el País Vasco sólo se dice que la normativa sobre protección de datos se aplicará a los ficheros públicos de cualquier tipo, dependientes o vinculados a las respectivas Administraciones Públicas, en tanto que hayan sido creados para el ejercicio del Derecho Público».[75]

---

[70] A. Troncoso Reigada, «La contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la protección de datos», en M.A. Davara Rodríguez (coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho 2002-2003*, 2003, pp. 28-29.

[71] A.I. Herrán Ortíz, *El derecho a..., op. cit.*, p. 342.

[72] Hay que señalar aquí que la LORTAD excluía de las competencias autonómicas también a los ficheros de la Administración Local, ahora incluidos conforme dispone la LOPD, que sigue excluyendo a los ficheros privados. *Vid.* G. Freixas Gutiérrez, *La protección de..., op, cit.*, p. 313.

[73] Art. 2.1 Ley 8/2001. *Vid.* A. Troncoso Reigada, «La contribución de...», *op. cit.*, pp. 29-31 (31).

[74] Art. 3 Ley 5/2002. *Vid.* J. Bacaria Martrus, «La Agencia Catalana...», *op. cit.*, pp. 50-51.

[75] Art. 2.1.a) Ley 2/2004.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 325



Por último, hay que hacer referencia a la relación existente entre la AEPD y las Agencias Autonómicas.[76] Parece claro que la relación no puede ser de jerarquía, en la que la AEPD fuera superior a las agencias autonómicas, sino que el criterio previsto por el legislador para la atribución de funciones es un criterio competencial.[77] Por lo tanto, la relación que ha de unir a estas entidades ha de ser de coordinación, ya que cada una desarrollará sus competencias en ámbitos diferentes, si bien han de actuar coordinadamente para no provocar situaciones de agravio o discriminación por razón de la titularidad del fichero. Si la garantía del derecho a la protección de datos personales es competencia del Estado, éste deberá actuar bajo el principio de coordinación, desarrollando los instrumentos de dirección y ordenación necesarios para que la protección de datos funcione «coordinadamente» en todo el territorio nacional. Así, la Agencia estatal debe convertirse en el eje vertebrador del sistema de protección de datos, asegurando por igual a todos los españoles el contenido del derecho, de forma que se eviten discriminaciones por razones territoriales, pues lo contrario supondría lesionar el principio de igualdad en la titularidad del derecho fundamental de protección de datos.[78] En cualquier caso, tanto el control de las Agencias Autonómicas en lo que se refiere al cumplimiento de la normativa sobre protección de datos,[79] como la posibilidad de convocarlas a efectos de cooperación institucional, queda a discreción del Director de la AEPD.[80]

---

[76] Es el art. 42 LOPD el que regula esta relación, y dispone: «1. Cuando el Director de la Agencia de Protección de Datos constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de esta Ley en materia de su exclusiva competencia podrá requerir a la Administración correspondiente que se adopten las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento. 2. Si la Administración pública correspondiente no cumpliera el requerimiento formulado, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración.»

[77] Es la misma relación que existe entre leyes del Estado y leyes de las CCAA y que tampoco suponen una relación de tutela como la que existe entre el Gobierno de la Comunidad y su Administración institucional. *Vid.* A. TRONCOSO REIGADA, «La contribución de...», *op. cit.,* pp. 27 y 34-35.

[78] F. BALAGUER CALLEJÓN, «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización», en J. ASENSI SABATER, *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual,* 1997.

[79] Se ha dicho que la AEPD actúa aquí como una Alta Inspección. *Vid.* A. TRONCOSO REIGADA, «La contribución de...», *op. cit.,* p. 38.

[80] Esto es ante todo criticable, pues las Agencias Autonómicas no pueden convocar dichas reuniones. *Vid.* A.I. HERRÁN ORTÍZ, *El derecho a..., op. cit.,* p. 343.

11305-326-Estado autonómico48 14/10/05 16:39 Página 326

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 327

# LA PARTICIPACIÓN DE LOS LÄNDER ALEMANES EN LOS ASUNTOS DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿UN EJEMPLO A SEGUIR PARA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS?

**José Angel Camisón Yagüe**
*Prof. Asociado de Derecho Constitucional*
*Universidad de Alcalá de Henares*

La República Federal de Alemania es, como su nombre indica, un estado compuesto,[1] con dos de las características estructurales básicas que definen a un Estado federal:[2] en primer lugar, existe una distribución de competencias constitucionalmente establecida entre la Federación y los *Länder*;[3] y, en segundo lugar, un sistema de gobierno parlamentario bicameral, en cuya segunda cámara, el *Bundesrat,* están representados los territorios a través de sus gobiernos.[4]

Si a las anteriores características añadimos la condición de Estado miembro de la Unión Europea y el hecho de que se han atribuido a esta organización competencias que correspondían, según la norma fundamental alemana, en todo o en parte a los *Länder,* se plantea el problema de articular mecanismos que permitan a dichos entes territoriales participar en las decisiones que se toman a nivel comunitario, cuando estas decisiones tengan por objeto materias de su ámbito competencial. La exposición y el análisis de las

---

[1] Art. 20.1 de la Ley Fundamental.

[2] J.J. González Encinar, en su obra *El Estado unitario-federal,* 1985, pág. 89, afirma que son características estructurales básicas de todo Estado federal, entre otras, la existencia una distribución de competencias entre la Federación y los estados federados que la integran, por un lado; y por otro, la existencia de una segunda cámara de representación mediante la cual los entes con autonomía política participan en la organización central.

[3] La Ley Fundamental establece tres tipos de competencias legislativas según se refieran a la legislación exclusiva de la Federación, a la legislación concurrente o a la legislación marco. En aquellas materias que están dentro del ámbito de la legislación exclusiva de la Federación, los *Länder* solo tendrán facultad para legislar si una Ley federal les autoriza expresamente. El concepto de legislación concurrente, por su parte, hace referencia a la posibilidad que tienen los estados federados de legislar en ciertas materias, únicamente en el caso y en la medida en la que la Federación no haya hecho uso de su competencia legislativa. La Federación va a tener derecho a legislar en el ámbito de las competencias concurrentes si existe la necesidad de una regulación legislativa federal para establecer unas condiciones de vida equivalentes en todo el Estado o si el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de todo el Estado lo requiere. Por último, tenemos un tercer tipo de legislación, la legislación marco, en este caso la Federación va a dictar normas de principios y contenidos generales que se concretarán mediante normativa de desarrollo que han de elaborar los *Länder.*

[4] *Vid.* art. 51.2 de la Ley Fundamental. Cada Estado federado va a tener, al menos, tres votos, pero esta cifra se incrementa en función de su población, de tal modo que los *Länder* que tengan más de dos millones de habitantes tendrán cuatro votos, lo que tengan más de seis millones van a tener cinco votos y, por último, los de más de siete millones tendrán seis votos.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 328



soluciones dadas en Alemania al problema planteado constituyen el objeto de esta comunicación, ya que el Estado federal alemán es un referente imprescindible en el necesario debate sobre el modelo de participación de la Comunidades Autónomas españolas en los asuntos de la Unión Europea.

## I. EL BUNDESRAT COMO INSTRUMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS LÄNDER EN ASUNTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

A modo de breve presentación de una cámara que ya ha sido estudiada en profundidad por la doctrina diremos que el *Bundesrat* es la asamblea territorial en la que los *Länder* están representados a través de sus Gobiernos. Se trata de una cámara de representación con ciertas particularidades, si la comparamos con las cámaras territoriales de otros Estados continentales; de un lado, porque su composición no resulta de una elección democrática directa, sino que a ella acuden representantes designados por los Gobiernos [5] de los *Länder,*[6] –cada territorio tiene un número de representantes en función de su población y por tanto un número de votos diferente–; de otro lado, porque sus miembros están sujetos a un mandato imperativo, de modo que todos los representantes de un mismo *Land* votan siempre en el mismo sentido.[7]

Desde la reforma constitucional de 1992,[8] que tuvo por objeto «*europeizar*»[9] la Ley Fundamental de Bonn y dar respuesta a las exigencias de los estados federados, esta segunda cámara, el *Bundesrat*, se ha convertido, por mandato constitucional, en el cauce para la participación de los *Länder* en los asuntos europeos, articulándose a través de ella todos los mecanismos mediante los que los territorios van a expresar y a hacer valer sus opiniones en estos asuntos. La Ley Fundamental es clara a la hora de atribuir el papel protagonista a la cámara territorial cuando nos dice que «*los Länder participarán, por medio del Bundesrat, en los asuntos de la Unión Europea*».[10]

---

[5] Sólo pueden ser miembros del *Bundesrat* los miembros de pleno derecho de los gobiernos de los *Länder* y no esta permitido que estos miembros sean elegidos mediante una votación en el *Land*, en el Parlamento nacional o por cualquier otro órgano que no sea el Gobierno de los respectivos *Länder*. *Vid.* M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, 2003., pág, 1323; *vid.* también, B.SCHMIDT-BLEIBTREU y F. KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 1999, pág. 886. En la práctica forman parte del *Bundesrat* todos los presidentes de los ejecutivos de los estados federados, en el caso de las ciudades que tienen el status de estado federado, por ejemplo Berlín, los Alcaldes y los miembros del concejo municipal. Además de los miembros se designan también sustitutos encargados de sustituir a los primeros en caso de ausencia de éstos.

[6] *Vid.* art. 51.1 de la Ley Fundamental. El Gobierno del *Land* es el que comunica directamente al Presidente del *Bundesrat* los nombres de los miembros de esta cámara que le corresponda designar y el plazo de su mandato, *vid.* art. 1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates*.

[7] *Vid.* art. 51.3 de la Ley Fundamental.

[8] *Gesetz zur Änderung des Grundgesetz* (Ley de reforma de la Ley Fundamental) de 21 de diciembre de 1992, publicada en la *Bundesgesetzblatt* 1992 I, 2086.

[9] Término recientemente empleado por nuestro Consejo de Estado, para hacer referencia a la adecuación del texto constitucional a las exigencias de la Unión Europea y sus Tratados, *vid.* Dictamen del Consejo de Estado número 2554/2004, de 21 de octubre de 2004, relativo al Tratado por el que se establece una Constitución Europea.

[10] *Vid.* arts. 23.2 y 50 de la Ley Fundamental.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 329



## II. COMPETENCIAS DEL BUNDESRAT EN ASUNTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Visto que el *Bundesrat* es el instrumento de participación de los *Länder* en asuntos de la Unión Europea, corresponde ahora examinar qué competencias tiene al respecto y cómo las ejerce.

Estamos descubriendo el Mediterráneo si afirmamos que en un sistema de gobierno parlamentario las principales competencias de una cámara legislativa son dos, la de hacer las leyes y la de controlar al poder ejecutivo; pero sí resulta nuevo cómo se ejercen estas competencias en una situación diferente como es la que resulta de la pertenencia de un Estado a la Unión Europea, ya que dicha organización no está preparada para la participación directa de los entes infraestatales en sus instituciones, salvedad hecha del Comité de las Regiones (que, como se sabe, tiene un peso específico muy escaso en el concierto institucional comunitario). Por tanto, y a falta de foros comunitarios eficaces, es necesario usar las instituciones nacionales para articular a través de ellas la participación de los entes territoriales con autonomía política en los asuntos de la Unión Europea; en el caso alemán, la participación de los *Länder* tiene lugar a través de la acción del *Bundesrat* tanto en el ámbito legislativo como en el de control sobre el gobierno.

Las líneas generales que rigen la participación del *Bundesrat* y de los *Länder* en los asuntos relativos a la Unión Europea están recogidas en la propia Constitución alemana, en concreto en su artículo 23:

> *«Art. 23. Realización de la Unión Europea, participación del Bundestag y del Bundesrat.*
>
> 1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal Alemana contribuirá al desarrollo de una Unión Europea sujeta a los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federal, y que garantice la protección de los derechos fundamentales de modo esencial y comparable a esta Ley Fundamental. La Federación puede para ello transferir derechos de soberanía mediante Ley que cuente con la aprobación del *Bundesrat*. Los apartados 2 y 3 del artículo 79[11] se aplican a la creación de la Unión Europea.
>
> 2. En los asuntos vinculados con la Unión Europeas participan el *Bundestag* y los *Länder* a través *Bundesrat*. El Gobierno Federal deberá informar con detalle y a tan pronto como sea posible al *Bundestag* y al *Bundesrat*.
>
> 3. El Gobierno federal dará ocasión al *Bundestag* de tomar postura sobre su participación en la elaboración de los actos normativos de la Unión Europea. El

[11] Art. 79 de la Ley Fundamental: *Sobre la reforma de la Ley Fundamental* establece «1. La Ley fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados *internacionales* que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la república Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración. 2. Una Ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del *Bundestag* y de dos tercios de los votos del *Bundesrat*. 3. No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o al principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 (*reconocimiento de los derechos fundamentales y vinculación de los poderes públicos a ellos*) y 20 (*protección estatal de los derechos fundamentales* ).»

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 330



> Gobierno tendrá en cuenta la toma de postura del Bundestag en las negociaciones. Los detalles se regularan por Ley.
>
> 4. El *Bundesrat* tomará parte en la formación de la voluntad de la Federación, en tanto que tuviera que participar en las medidas correspondientes a nivel nacional o en tanto que fueran competencias de los *Länder*.
>
> 5. En tanto que los intereses de los *Länder* sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, derecho a legislar, el Gobierno federal tendrá en cuenta la postura del *Bundesrat*. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los *Länder,* la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, la postura del *Bundesrat* al respecto habrá de ser tenida en cuenta de modo determinante en la formación de la voluntad de la Federación; en este contexto habrá que salvaguardar la responsabilidad nacional de la Federación. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación.
>
> 6. Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los *Länder*, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los *Länder* designado por el *Bundesrat*.
>
> 7. La regulación de los apartados 4 a 6 de hará por una Ley que requiere la aprobación del *Bundesrat.*»

Estas líneas se han desarrollado principalmente a través de dos normas: la «Ley de cooperación entre la Federación y los *Länder* en asuntos relativos a la Unión Europea»,[12] de 12 marzo de 1993; y el «Convenio, de 29 de octubre de 1993, entre el Gobierno Federal y el Gobierno de los *Länder* sobre cooperación en asuntos de la Unión Europea por el que se desarrolla en el artículo 9 de esta Ley».[13] A estas normas hay que sumar el «Reglamento interno del *Bundesrat*» en el que se recogen algunos extremos relativos a la organización y funcionamiento tanto de la *Europakammer* como de la *Ausschuss für Fragen der Europäische Union*, órganos especializados de esta cámara en asuntos de la Unión Europea.

### II.1.1. Competencias legislativas

Las competencias legislativas del *Bundesrat* en asuntos de la Unión Europea se refieren tanto al derecho originario –los Tratados–, como al derecho derivado –las normas que los desarrollan–, aunque la forma de ejercerlas es diferente en uno y otro caso.

---

[12] *Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union*, de 12 de marzo de 1993, publicada en la *Bundesgesetzblatt* I, página 313.

[13] *Vereinbarung vom 29. Oktober 1993 zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Ländern über die Zusammenarbeit in Angelenheiten der Europäischen Union in Ausführung von § 9 Gesetz 1993 über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*. El artículo 9 de la *Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union* establece que los detalles respecto a la información que el Gobierno federal debe facilitar a los *Länder* y aquellas cuestiones que tengan que ver participación de los *Länder* se concretarán mediante un convenio entre ambas partes; fruto de este mandato se elaboró el *Vereinbarung,* de 29 de octubre, acuerdo que fue modificado en 1998 con motivo del Tratado de Ámsterdam.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 331



*a. Respecto del derecho originario*

Es preciso puntualizar, antes de nada, que la participación del *Bundesrat* se produce no solo en la formación de la voluntad estatal que ha de conformar la posición alemana que deberá ser defendida durante la elaboración del derecho originario, sino también en lo referente al proceso nacional de ratificación del mismo una vez que el tratado ya ha sido elaborado.[14]

Como hemos dicho, el *Bundesrat* participa directamente en la formación de la voluntad del Estado alemán, que después el Gobierno Federal defenderá durante las negociaciones que se llevan a cabo en la Conferencia intergubernamental.[15] La mayor o menor influencia que puedan tener los *Länder* sobre la misma dependerá de la capacidad de éstos para hacer valer sus posiciones en el contexto del juego político estatal. De cualquier modo, cabe destacar como ejemplo de la participación de los *Länder* a través del *Bundesrat,* la influencia que éstos ejercieron durante la elaboración y negociación del Tratado de Maasctricht, consiguiendo la inclusión en el mismo de buena medida de sus aspiraciones.[16]

La participación del *Bundesrat* en la ratificación del derecho originario está prevista constitucionalmente en la Ley Fundamental alemana, en la que se establece la obligatoriedad de que cualquier cesión de soberanía nacional que se produzca como consecuencia de la pertenencia de Alemania a la Unión Europea debe realizarse mediante ley que requiere, en cualquier caso, la aprobación del *Bundesrat*. Además la ley mediante la que se vaya a ratificar cualquier eventual reforma de los Tratados constitutivos (o cualquier norma análoga) debe someterse al procedimiento previsto para la reforma constitucional, que requiere una mayoría reforzada de dos tercios de los votos tanto del *Bundestag* como, que es lo que nos importa aquí, del *Bundesrat*.[17]

*b. Respecto del derecho derivado*

Igual que ocurre con las competencias relativas al derecho originario, también en relación con las competencias legislativas respecto del derecho derivado debemos distinguir dos momentos, *ex ante* y *ex post* en el proceso de elaboración de la norma comunitaria. *Ex ante,* el *Bundesrat* contribuye a la formación de la voluntad del Estado sobre los proyectos

---

[14] Según M. SACHS, *Grundgesetz Komentar, op. cit.,* pág. 968, la participación del *Bundesrat* en asuntos europeos es una obligación «*die Pflicht zur Beteiligung*».

[15] *Vid.* art. 23.4 de la Ley Fundamental.

[16] *Vid.* para mayor información sobre la influencia de los *Länder* durante la elaboración del Tratado de Maastricht puede consultarse M. BARCELO SERRAMALERA, «Europa y los *Länder* alemanes (especial referencia a la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992)», en VV.AA., *XVI Jornadas de estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo,* Volumen I, 1995, pág.753. La inclusión del principio de subsidiariedad con carácter general o la constitución de un comité de las regiones son algunas de las exigencias que los territorios alemanes vieron recogidas en el Tratado.

[17] *Vid.* art. 23 en relación con el art. 79 de la Ley Fundamental.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 332



de normas comunitarios manifestando su opinión respecto a los mismos que, como ya veremos en profundidad más adelante, tendrá una importancia mayor o menor en función de la materia sobre la que verse la norma de derecho derivado y de si ésta es competencia de los *Länder*. *Ex post,* la influencia del *Bundesrat* es mucho más limitada puesto que, dada la propia naturaleza de las normas de derecho derivado, no es posible introducir cambios en lo ya aprobado por las instituciones comunitarias.

Como ya hemos indicado, el *Bundesrat* a través de los dictámenes que formula sobre propuestas de normas de derecho derivado, cuando éstas se están elaborando, puede tener un diferente grado de influencia sobre la formación de la voluntad estatal que deberá ser defendida después por los representantes del Gobierno federal durante las negociaciones en la sede comunitaria.[18] Ese diferente grado de influencia depende de que nos encontremos en un caso u otro de los siguientes:

a) En primer lugar, si el acto a adoptar por las instituciones comunitarias tiene por objeto, bien una materia que sea competencia exclusiva de la Federación que afecte a los *Länder,* o bien una competencia legislativa federal,[19] la postura expresada por el *Bundesrat* debe ser considerada por el Gobierno federal a la hora de llevar a cabo las negociaciones en los foros europeos.[20] Que haya de ser «considerada» o «tenida en cuenta» la posición del *Bundesrat*, significa, según la doctrina alemana,[21] que ésta se debe incluir en la postura negociadora de la República de Alemania, si bien el Gobierno Federal no tiene ninguna obligación de defenderla,[22] pues aunque sea de recibo que los *Länder* den su opinión en temas que los afectan,[23] lo lógico es que el último poder de decisión respecto a un asunto que es competencia exclusivamente federal corresponda al Gobierno.[24] En caso de que las opiniones del *Bundestag* y del *Bundesrat* difirieran la una de la otra prevalecerá la postura del Gobierno federal.[25]

b) En segundo lugar, si el acto a adoptar por las instituciones comunitarias versara sobre una materia que pudiera producir una «afección en la esen-

---

[18] *Vid.* European Centre for Parliamentary Research and Documentation; *European Affairs Commmittes, the influence of national Parliaments on European Policies,* 2002, pág. 51.

[19] Recordamos en este punto que existe una distribución de competencias entre los *Länder* y la Federación. *vid*, para más detalle, nota 3.

[20] *Vid.* art. 23.5 de la Ley Fundamental, *vid.* también art. 5.1 de la Ley de cooperación entre la Federación y los Länder en asuntos de los Unión Europea, («*Sowiet in einem Bereich ausschlie?licher Zuständigkeiten des Bundes Interessen der Länder brührt sind oder soweit im übrigen der Bund das Recht zur Gesetzgebung hat,* ***berücksichtig*** *die Bundesregierung die Stellungnahme des Bundesrates bei der Festlegung del Verhandlundsposition zu dem Vorhaben*» –la negrita es nuestra–).

[21] *Vid.* B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz, op. cit.*, págs. 601 y 599.

[22] En este punto la doctrina es unánime, vid. por ejemplo a M. Sachs, habla de una participación ininterrumpida del *Bundesrat (ist seine Beteilung lückenlos),* en *Grundgesetz Komentar, op. cit.*, pág, 968.

[23] *Vid.* M. Barcelo, «Europa y los *Länder* alemanes (especial referencia a la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992)», *op. cit.*, págs. 771.

[24] *Vid.* J. Polakiewicz, *La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo papel de los Länder en la integración europea,* 1994, pág. 21.

[25] *Vid.* M. Sachs, *Grundgesetz Komentar, op. cit.*, pág, 969.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 333



cia», bien de competencias legislativas exclusivas de los *Länder,* o bien de la organización de su administración o de su procedimiento administrativo, el Gobierno federal debe tener en cuenta la posición expresada por el *Bundesrat* «como determinante» en el curso de las negociaciones.[26]

Llegados a este punto, y antes de continuar, debemos intentar arrojar un poco de luz sobre dos conceptos jurídicos indeterminados que resultan fundamentales para poder comprender en realidad el alcance de lo afirmado antes. Por un lado, es preciso determinar qué significa «afección en la esencia» («*im Schewepunkt betroffen»)* de una competencia exclusiva de los *Länder,* o de la organización de su administración o del procedimiento administrativo de ésta. La doctrina alemana afirma que la afección producida debe ser real y cualitativa, esto es, que deben producirse consecuencias directas y sustanciales, y no sólo relativas a cuestiones menores o de detalle.[27] Además, según nos indica algún autor, el ámbito de acción de este artículo no queda únicamente circunscrito a las competencias exclusivas de los *Länder* sino también a aquellas materias de legislación concurrente o básica en las que la Federación no haya hecho uso de sus competencias.[28] Por otro lado, debemos aclarar también qué se entiende por «tener en cuenta de manera determinante» la posición del *Bundesrat.* En principio existe unanimidad en entender que esta expresión significa que la voluntad expresada por esta cámara debe ser la que el Gobierno federal defienda en las instituciones comunitarias, es decir, que el *Bundesrat* tiene, en este caso, el «último poder de decisión» («*Letzenentscheidungsrecht»)*[29] respecto de la fijación de la posición negociadora alemana; no obstante, es preciso puntualizar que éste ultimo poder de decisión sólo se predica respecto de las cuestiones que efectivamente afecten de forma esencial a las competencias ya citadas de los *Länder,* sin que se pueda extenderse a ningún otro caso.[30]

Así pues, la posición del *Bundesrat* prevalece, pero esta afirmación no es absoluta, ya que existen dos límites a la facultad de decisión de la Cámara Alta, en primer lugar, la responsabilidad nacional de la Federación y, en segundo lugar, el consentimiento expreso de la Federación respec-

---

[26] *Vid.* art. 23.5 de la Ley Fundamental: («...*Wenn im Schwerpunkt Gesetzgebungsbefugnisse der Länder, die Einrichtung ihrer Behörden oder ihre Verwaltungsverfahren betroffen sind, ist bei der Willensbildung des bundes insoweit die Auffassung des Bundesrates ma?geblich zu berücksichtigen; dabei ist die gesamtstaatliche Verantwortun des Bundes zu wahren»). Vid.* también art. 5.2 de la Ley de cooperación entre la Federación y los *Länder* en asuntos de los Unión Europea.

[27] *Vid.* M. Sachs, *Grundgesetz Komentar, op. cit.*, pág, 969, *Vid.* B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz, op cit.*, pág. 602.

[28] *Vid.* J. Polakiewicz, *La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo papel de los Länder en la integración europea, op. cit.*, pág. 20.

[29] *Vid.* M. Sachs, *Grundgesetz Komentar, op. cit.*, pág, 969, o *vid.* también, B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz, op cit.*, pág. 602. que aplica la expresión «*leztlich entscheidend*» al *Bundesrat.*

[30] *Vid.* B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, «*Das erhöhte Gewicht der Stallunshanme des Bundesrates gilt au?erdem nur, soweit dir Betroffenheit gegeben ist, und nicht für andere Bereiche des Rechtsetzungsaktes*» en *Kommentar zum Grundgesetz, op. cit.*, pág. 602.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 334



to de aquellas medidas que impliquen un aumento del gasto presupuestario o una reducción de los ingresos.

En caso de que hubiera discrepancia entre la opinión expresada por el *Bundesrat* y la que tuviera el Gobierno federal, se pone en marcha un mecanismo de conciliación que consta de tres fases, que pasan, primero, por un intento de acuerdo, después, por una nueva consulta al *Bundesrat* y, en caso de que persista el desacuerdo, una última fase en la que el *Bundesrat* podrá hacer valer su opinión si la ratifica con una mayoría de dos tercios de los votos.[31]

c) Por último, en el caso extraordinario de que las competencias legislativas de los *Länder* se vieran afectadas de forma muy grave por un norma comunitaria, Alemania participará en los foros de la Unión Europea en que ésta se discuta o apruebe a través de un representante designado por el *Bundesrat*,[32] que deberá ser miembro de uno de los gobiernos de los *Länder* y poseer rango ministerial.[33] Esta representación se ejercerá de forma consensuada con el Gobierno; al consenso necesario se llegará según lo previsto para aquellos casos en que el Gobierno debe tomar en cuenta de forma determinante la posición del *Bundesrat*, esto es, según las normas del 25.5 de la Ley Fundamental, que ya hemos explicado antes.[34]

Finalmente, y en relación con el derecho derivado una vez ha sido aprobado, la intervención del *Bundesrat* va a ser muy limitada, por la propia naturaleza de las normas comunitarias. Únicamente en el caso de las directivas, que necesitan transposición, la intervención se producirá cuando le corresponda al *Bundesrat* participar en ese proceso, según lo previsto en el ordenamiento jurídico alemán.

### II.1.2. Competencias de control

El *Bundesrat* posee dos grandes tipos de competencias de control sobre el ejecutivo federal en lo que asuntos de la Unión Europea se refiere. Por un lado, competencias relativas al derecho a recibir información sobre la Unión Europea, en este caso el control se ejerce no sólo sobre el ejecutivo alemán sino también sobre la propia actuación de la Unión Europea y sus instituciones; y, por otro lado, competencias de control en sentido estricto sobre la actuación del Gobierno.

Por lo que respecta al primer grupo de competencias, el Gobierno federal tiene la obligación constitucional de informar al Parlamento, tanto al

---

[31] *Vid.* art. 5.2 de la Ley de cooperación entre la Federación y los *Länder* en asuntos de los Unión Europea.

[32] *Vid.* art. 23.6 de la Ley Fundamental.

[33] y art. 6 de la Ley de cooperación entre la Federación y los *Länder* en asuntos de los Unión Europea.

[34] *Vid.* J. Polakiewicz, *La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo papel de los Länder en la integración europea, op. cit.*, pág. 22.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 335



*Bundestag* como al *Bundesrat*, de la actividad de la Unión Europea.[35] Como primer desarrollo de esta obligación general, la Ley de Cooperación entre la Federación y los *Länder* en asuntos relativos a la Unión Europea (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union)* indica que esta información, que el Gobierno esta obligado a facilitar de forma extensa y tan pronto como sea posible, debe ser toda aquella que pueda tener interés para los *Länder*.[36] El desarrollo más concreto de esta obligación de informar se encuentra en el Convenio de 29 de octubre de 1993, firmado por el Gobierno Federal y el Gobierno de los *Länder* sobre Cooperación en Asuntos de la Unión Europea, en el que se especifican algunos de los documentos que el Gobierno debe trasladar al *Bundesrat,* entre los que se encuentran los de la Comisión y sus servicios, los del Consejo, los del Consejo Europeo, e incluso los de los encuentros informales de los Ministros, así como también los documentos sobre las iniciativas, las tomas de postura y los comentarios que realice el Gobierno federal.[37] Los documentos, una vez recibidos, pasan a ser estudiados por la Comisión para cuestiones de la Unión Europea «*Ausschuss für Fragen del Europaischen Union*» que es la encargada de examinar, seleccionar y discutir la información con vista a ulteriores decisiones del pleno del *Bundestag*.[38]

El segundo grupo de competencias de control está integrado por facultades de supervisión en sentido estricto de la actividad del ejecutivo alemán. La primera es la facultad que el *Bundesrat* tiene para plantear cuestiones a cualquier miembro del Gobierno, que, si bien es de carácter general, también tiene puede ser utilizada en relación con los asuntos comunitarios. En el Reglamento interno del *Bundesrat* se recoge el derecho de pregunta («*Fragenrecht*»), en virtud del cual cada uno de los miembros de esta cámara puede, durante cada sesión y en referencia a las cuestiones contenidas en el orden del día, plantear al Gobierno las cuestiones que estime oportunas.[39] Aparte de las cuestiones sobre los asuntos del orden del día, cada uno de los *Länder* puede proponer preguntas al Gobierno sobre aquellos asuntos de su interés; estas preguntas deben ser presentadas, al menos, dos semanas antes de la sesión en que deban ser contestadas, asimismo, deben ser también aprobadas por la mayoría del *Bundesrat* antes de que el Gobierno tenga obligación de contestarlas.[40] Por otra parte, es posible que la Cámara

---

[35] *Vid.* art. 23.2 de la Ley Fundamental.

[36] *Vid.* art. 2 de la Ley de cooperación en la Federación y los *Länder* en asuntos de los Unión Europea. «*Die Bundesregierung unterrichtet den bundesrat umfassend und zum früestmöglichen Zeit punkt über alle Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union, di für Länder von Interesse sein könnten*».

[37] *Vid.* punto I del *Vereinbarung vom 29. Oktober 1993 zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Ländern über die Zusammenarbeit in Angelenheiten der Europäischen Union in Ausführung von § 9 Gesetz 1993 über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union.*

[38] *Vid.* European Centre for Parliamentary Research and Documentation; *op. cit.*; pág. 50.

[39] *Vid.* art. 19.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[40] *Vid.* art. 19.2 y ss de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 336



Alta convoque a sus reuniones a los miembros del Gobierno federal, quienes tienen en ese caso obligación de acudir a las mismas.[41]

Para las negociaciones de aquellos actos comunitarios que afecten a competencias de los *Länder* o sustancialmente a sus intereses podrá formar parte de la delegación alemana en los foros comunitarios un representante de los *Länder,* elegido por el *Bundesrat,* que actuará como observador durante las mismas.[42]

Finalmente, el *Bundesrat* controla a través de los instrumentos ordinarios de control si su ejecutivo ha cumplido o no, y en caso afirmativo, en qué medida, el mandato de negociación dado,[43] que, como ya vimos al analizar las competencias legislativas, va a ser mas o menos vinculante, en función de a quien pertenezca la competencia, si a la Federación o a los *Länder*.

## III. ÓRGANOS ESPECIALIZADOS DEL BUNDESRAT EN ASUNTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

La participación de los *Länder* en asuntos relacionados con la Unión Europea se articula, según prevé la *Grundgesetz,*[44] a través del *Bundesrat*. Para ello se han constituido en el seno de esta cámara de representación territorial dos órganos en los que se solventan y dilucidan las cuestiones comunitarias; el primero de ellos, previsto constitucionalmente,[45] es la *Europakammer* (Cámara de Europa), y el segundo es la *Ausschuss für Fragen der Europäischen Union* (Comisión permanente para cuestiones de la Unión Europea).

### III.1. LA AUSSCHUSS FÜR FRAGEN DER EUROPÄISCHEN UNION

La *Ausschuss für Fragen der Europäischen Union* es la comisión permanente del *Bundesrat* especializada en asuntos de la Unión Europea. Los *Länder* han tenido siempre un gran interés en las cuestiones comunitarias y en que sus opiniones fueran oídas y tenidas en cuenta por el Gobierno federal;[46] por ello, en el seno *Bundesrat* ha venido funcionando de forma continuada una comisión permanente especializada en este tipo de asuntos.

#### III.1.1. Composición

La *Ausschuss für Fragen der Europäichen Union* es una comisión permanente del *Bundesrat*, en la que cada uno de los *Länder* tiene un repre-

---

[41] *Vid.* art. 53 de la Ley Fundamental.

[42] *Vid.* art. 6.1 de la Ley de Cooperación en la Federación y los *Länder* en asuntos de los Unión Europea.

[43] *Vid.* European Centre for Parliamentary Research and Documentation; *op. cit.*; pág. 50.

[44] *Vid.* arts 23.2 y 50 de la Ley Fundamental.

[45] *Vid.* art. 52.3.a) de la Ley Fundamental.

[46] *Vid.* R. Lang, *Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates un des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union gemä? Artikel 32 Abs. 2 bis 77 GG,* 1997., pág. 31.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 337



sentante. El representante puede ser un miembro del *Bundesrat,* aunque no es necesario que tenga esta condición, puesto que también pueden ser representantes los integrantes del Gobierno del *Land* o cualquier persona designada por éste para el puesto, como por ejemplo altos funcionarios de la administración regional.[47] Además de estos miembros, que lo son de pleno derecho, pueden también participar en las reuniones, aunque sin derecho a voto, cualquier miembro del *Bundesrat,* delegados de los Gobiernos de los territorios, delegados del Gobierno Federal, y cualquier otra persona previa invitación.[48]

Al frente de la *Ausschuss für Fragen der Europäichen Union* el *Bundesrat* actúa el Presidente,[49] que es elegido anualmente y se ocupa de preparar, convocar y dirigir las reuniones.[50] El orden de día de las mismas debe ser comunicado a los miembros del órgano tan temprano como sea posible y, en cualquier caso, con, al menos, dieciséis días de antelación, aunque este plazo puede no observarse si se acuerda otra cosa por los representantes de los *Länder* y se comunica al mismo tiempo y de forma escrita a los integrantes de la comisión.[51] La *Ausschuss für Fragen der Europäichen Union* se reúne normalmente cada tres semanas durante el periodo de sesiones del *Bundesrat,* también puede reunirse fuera de este periodo si la importancia del asunto o las circunstancias así lo exigen.[52] Las reuniones de la Comisión son secretas en virtud de la confidencialidad de las negaciones, sin embargo, si la propia comisión decide otra cosa, puede tratar sus asuntos de forma pública.[53] De cada reunión se levantará un acta en la que figurarán los asistentes a la misma.[54] Para que exista quórum es preciso que estén presentes en la reunión, al menos, la mitad de los representantes de los *Länder.*[55] Al contrario de lo que sucede en el pleno del *Bundesrat,* en el que cada *Land* tiene un número diferente de votos dependiendo de su población, en la *Ausschuss für Fragen des Europäischen Union* cada representante tiene un voto, es decir, no existe un valor del voto dependiente de la población del *Länd,* sino que todos los *Länder* tienen el mismo número de votos;[56] para adoptar sus decisiones basta con la mayoría simple, es decir, con que haya más votos a favor que en contra.[57]

---

[47] *Vid.* art. 52.4 de la Ley Fundamental y art.11.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[48] *Vid.* art.11.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[49] *Vid.* art. 12 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.* Además del Presidente se elige también a un suplente del mismo, pero en este caso el suplente es elegido directamente por la comisión de entre sus miembros.

[50] *Vid.* art.38.1de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[51] *Vid.* art. 38.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[52] *Vid.* European Centre for Parliamentary Research and Documentation; *op. cit.*; pág. 51.

[53] *Vid.* art. 37.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[54] *Vid.* art.37.3 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[55] *Vid.* art 42.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[56] *Vid.* art.42.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[57] *Vid.* art. 42.3 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 338



### III.1.2. Funciones

La principal función de la *Ausschuss für Fragen der Europäischen Union* es estudiar y preparar los asuntos relativos a la Unión Europea que después deban ser tratados por el pleno del *Bundesrat.*[58] Esta función principal se concreta en las siguientes tareas.

En primer lugar, la *Ausschuss für Fragen der Europäischen Union* es la sede en la que se procesa toda la documentación e información que el Gobierno tiene obligación de poner en conocimiento del *Bundesrat.* En el seno de esta comisión se analizan y procesan los documentos a fin de seleccionar los mas importantes y transcendentes para los intereses de los *Länder,* que serán los que se eleven para su discusión en el pleno. En ocasiones también convoca a sus sesiones a representantes del Gobierno para que informen sobre los asuntos que esté tratando.[59]

Por lo que respecta a las competencias legislativas, en esta comisión se debatirán los asuntos que tengan que ver con el derecho comunitario, sirviendo sus informes, que en ocasiones realiza junto con otras comisiones o contando con su ayuda, de propuestas al pleno para que adopte una postura definitiva de los *Länder* respecto al asunto de que se trate.

Por último, la *Ausschus für Fragen der Europäischen Union* es también el órgano encargado de cooperar y establecer relaciones con la comisión especializada del *Bundestag*, la *Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union*, con las comisiones especializadas en asuntos comunitarios de otros Parlamentos de Estados miembros; y, a nivel europeo, envía a los delegados del *Bundesrat* en la COSAC.[60]

## III.2. LA EUROPAKAMMER

La *Europakammer* es el órgano del *Bundesrat* al que se le encarga el análisis y la toma de decisiones de aquellos asuntos relativos a la Unión Europea que, bien por su confidencialidad, bien por la necesidad de que sean tratados de forma ágil y rápida, no son susceptibles de ser sometidos al pleno.[61]

### III.2.1. Composición

La *Europakammer* (Cámara Europea) está compuesta por un único representante de cada uno de los *Länder,* que debe ser, a su vez miembro del *Bundesrat*; además, el *Land* debe designar también a un sustituto de éste. El Gobierno de cada uno de los *Länder*, que es el competente para designar

---

[58] *Vid.* art. 39.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[59] *Vid.* European Centre for Parliamentary Research and Documentation, *op. cit.*, pág. 50.

[60] *Vid.* European Centre for Parliamentary Research and Documentation, *op. cit.*, pág. 51.

[61] *Vid.* R. LANG, *Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates un des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union gemä? Artikel 32 Abs. 2 bis 77 GG,* 1997, pág. 57.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 339



al miembro de esta comisión, debe comunicar de forma escrita al Presidente de la *Europakammer* tanto el nombramiento como el cese del representante del *Land* en éste órgano.[62] Aunque cada *Land* solo tiene un miembro con derecho a voto (es necesario puntualizar aquí que, como ya desarrollaremos más adelante, el voto es ponderado), también podrán asistir a las reuniones miembros del Gobierno Federal o sus delegados, así como también otros miembros de los Gobiernos de los *Länder* o sus delegados.[63]

Los miembros de la *Europakammer* eligen a un Presidente que tendrá un mandato de un año, y junto a él, para asistirle y sustituirle en su caso, a tres Vicepresidentes.[64] La Presidencia convocará la reuniones del órgano cuando lo crea necesario; los *Länder,* por su parte, pueden solicitar la convocatoria si estiman que hay algún asunto concreto que deba ser tratado en esta sede.[65] La sesión debe convocarse al menos con una semana de antelación, aunque ese plazo, puede acortarse en caso de urgencia; además, junto con la convocatoria se remitirá a cada miembro el orden del día provisional de la reunión.[66]

Las reuniones de la Cámara Europea son públicas, salvo que se decida otra cosa en virtud de la propia voluntad del órgano o debido a la confidencialidad del asunto;[67] de igual modo, sus decisiones y los fundamentos de las mismas también se harán públicos, salvo que la *Europakammer* acuerde declararlos secreto.[68] De cada una de las sesiones se levanta un acta que contiene el nombre de los participantes, las mociones discutidas y el resultado de las deliberaciones.[69] Para que exista quórum en las reuniones de la *Europakammer* es preciso que esté presente, al menos, un número de miembros cuyos votos ponderados representen la mayoría de los votos; en caso de que no se alcance el número mínimo de representantes necesarios, el Presidente podrá suspender la reunión.[70] Llegados a este punto es preciso explicar que el voto de los miembros de la Cámara europea es ponderado, lo que significa que los votos de cada uno de los miembros no tienen el mismo valor. En el pleno del *Bundesrat,* los representantes, y por tanto los votos, que corresponde a cada *Land,* están en función de su po-

---

[62] *Vid.* art. 45b de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[63] *Vid.* art. 45g de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.Vid.* también, R. LANG, *Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates un des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union gemä? Artikel 32 Abs. 2 bis 77 GG, op. cit.*, pág. 151.

[64] *Vid.* art. 45c de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.* Si se produjera una finalización extemporánea del mandato del Presidente o de los Vicepresidentes se procederá a elegir al substituto que únicamente ocupará el cargo por lo que reste de mandato.

[65] *Vid.* art. 45e.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[66] *Vid.* art. 45e.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[67] *Vid.* art. 45g de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[68] *Vid.* art. 45f.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[69] *Vid.* art. 45j de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.* El acta de la reunión puede declararse confidencial si los asuntos tratados así lo requirieran.

[70] *Vid.* art. 45h.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 340



blación:[71] de este modo, los estados federados de Baden-Wurtemberg, Baviera, Renania del Norte-Westfalia y Baja Sajonia tendrán seis representantes (votos); al *Land* de Hesse le corresponden cinco representantes (votos); a los *Länder* de Berlín, Brandemburgo, Renania-Palatinado Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein y Turingia, cuatro; y, por último, les corresponden tres a los de los Estados de Bremen, Hamburgo, Meckleburgo-Pomerania y Sarre. Por otra parte, tal y como señala el Reglamento de la cámara, los votos de cada *Land* deben tener todos el mismo sentido y, además, deben emitirse de forma presencial por el representante de cada territorio, o, en su caso, por su sustituto.[72] Las decisiones de la *Europakammer* se adoptarán siempre por mayoría de votos.[73] Pues bien, para que la *Europakammer* pueda tomar decisiones que, en circunstancias normales correspondería adoptar al pleno de la Cámara, la comisión debe reproducir exactamente el equilibrio de fuerzas que existe en el pleno. Por ello, el voto de los representantes de los *Länder* en la comisión es un voto ponderado. El valor del voto del representante de cada *Land* es igual a la suma de los representantes (votos) que dicho *Länd* tiene en el pleno.

### III.2.2. Funciones

La principal razón de ser de la *Europakammer* es ofrecer al *Bundesrat* un mecanismo de respuesta rápida y ágil para el tratamiento de aquellos asuntos relativos a la Unión Europea, competencia del *Bundesrat,* que debido a su confidencialidad o a la celeridad con la que es preciso ofrecer una respuesta a los mismos, no puedan, o no deban, ser tratados en Pleno. Por ello, porque la *Europakammer* ocupa el lugar del *Bundesrat* en lo que respecta a estos asuntos, sus decisiones van a ser válidas como si de las propias decisiones del *Bundesrat* se tratara.[74]

Concretamente, la *Europakammer* es competente para ejercer los derechos de participación del *Bundesrat* en asuntos de la Unión Europea en dos casos: cuando se trate de un asunto urgente y, también, cuando sea necesario proteger la confidencialidad de un asunto. [75]

En primer lugar, estaremos ante un caso de urgencia cuando la adopción de un acuerdo del *Bundestag* sobre un asunto de la Unión Europea, en vista del estado de las deliberaciones que sobre el mismo se estén llevando a cabo en las instituciones comunitarias, no pueda esperar a tratarse en la siguiente reunión del *Bundesrat.*[76] Los casos de urgencia vienen por tanto definidos por el estadio alcanzado por el asunto en los foros europeos, de

---

[71] *Vid.* art. 45h.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates* en relaccion con el art. 51. de la Ley Fundamental

[72] *Vid.* art. 45h.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[73] *Vid.* art. 45h.3 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[74] *Vid.* art. 45b.1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[75] *Vid.* art. 45d. 1 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[76] *Vid.* art. 45d.2 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 341



modo que son circunstancias ajenas al propio *Bundesrat* las que determinan la conveniencia de tratar un asunto europeo determinado en la *Europakammer*. Así pues, la participación de este órgano es necesaria en aquellos casos en que dado lo avanzado del procedimiento comunitario del que se trate, cualquier dilación a la hora de tratar el asunto, en orden a que fuera objeto de estudio y decisión del pleno, podría suponer que la decisión del *Bundesrat* se produjera ya *a posteriori,* esto es, cuando se hubiese tomado la decisión en las instituciones europeas, perdiendo así pues la posibilidad de participar en la misma.[77]

En segundo lugar, es necesario que el asunto se trate por la *Europakammer* cuando así venga exigido por la confidencialidad del mismo. Un asunto va a considerarse confidencial, y por tanto susceptible de ser tratado por la Cámara europea y no por el pleno, cuando las instituciones comunitarias hayan determinado la calificación de confidencial del mismo, cuando el Gobierno federal alemán lo pida, o cuando así lo solicite alguno de los *Länder*.[78]

El Presidente del *Bundesrat* es quien determina cuándo existe competencia de la *Europakammer*, salvo que decida convocar al *Bundesrat* para que se pronuncie sobre la cuestión. El Presidente del *Bundesrat* puede delegar en el Director del mismo, pero en este caso el Director debe ponerse de acuerdo con la Comisión para cuestiones de la Unión Europea (*Ausschuss für Fragen der Europäische Union)*, para asignar un determinado asunto a la *Europakammer*.[79] La asignación de una asunto a la *Europakammer* puede producirse en cualquier momento hasta que éste sea objeto de un acuerdo por parte de las Comisiones o del pleno del *Bundesrat*.[80]

## IV. EL DEBATE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

En un trabajo sobre la participación de los *Länder* en la Unión Europea, no se puede dejar de hacer referencia, aunque sea brevemente, al debate sobre la modernización del modelo federal que se ha venido llevando a cabo en Parlamento alemán durante los últimos dos años,[81] y en el que,

---

[77] A modo de ejemplo: en un asunto europeo que esté siendo tratado mediante el procedimiento de codecisión, si la decisión del *Bundesrat* sobre la cuestión tratada –que debe ser tenida en cuenta por el Gobierno federal (según los casos con una determinado grado de obligación a la misma)– se produjera con posterioridad a la reunión del Consejo en la que se decidiera sobre el asunto, el derecho de participación del *Bundesrat* en los asuntos europeos no habría sido ejercido de forma eficaz, pues la decisión llegaría tarde.

[78] *Vid.* art. 45d.3 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[79] *Vid.* art. 45b.4 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates. Vid.* también R. LANG, *Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates un des Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union gemä? Artikel 32 Abs. 2 bis 77 GG, op. cit.*, pág. 57.

[80] *Vid.* art. 45b.5 de la *Geschäftsordnung des Bundesrates.*

[81] El debate sobre la modernización del federalismo se ha llevado a cabo en la *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* (comisión mixta del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del sistema federal), que ha concluido sus trabajos el pasado diciembre de 2004 sin que los principales partidos políticos alemanes (el SPD y la CDU/CSU) lograsen alcanzar un acuerdo sobre la reflexión propuesta por la comisión.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 342



como no podía ser de otra manera, también se ha discutido sobre el modelo de participación de los *Länder* en Asuntos de la Unión Europea.

En relación a ese asunto la citada comisión ha señalado la existencia de algunas deficiencias en el actual sistema,[82] entre las que cabe destacar, a modo de ejemplo, la dificultad existente a la hora de controlar si el representante alemán en el Consejo cumple o no con las indicaciones dadas por el *Bundesrat*,[83] la ausencia de participación de los parlamentos de los *Länder,*[84] y la falta de continuidad en la actuación llevada a cabo en las instituciones comunitarias, fundamentalmente en el Consejo, cuando participan directamente los *Länder* mediante un representante que en la actualidad no es permanente. En respuesta a estas deficiencias del sistema, y a otras, como la necesaria coordinación entre las cámaras del Parlamento alemán,[85] la doctrina alemana ha propuesto algunas soluciones: en primer lugar, la creación de una comisión mixta *Bundestag-Bundesrat* para asuntos de la Unión Europea, que dé mayor eficacia al control que se ejerce sobre el ejecutivo;[86] en segundo lugar, el establecimiento de una comisión conjunta donde se concilien los intereses del ejecutivo y los *Länder*;[87] y por último, la elección directa por los parlamentos de los *Länder* del representante de los estados federados que acude a la reunión del Consejo, para aumentar así la participación de dichos parlamentos, de modo que se fortalezca al mismo tiempo la legitimidad democrática de este representante.[88] En cualquier caso, y a la vista de que los prin-

---

[82] *Vid.* BUNDESREGIERUNG, *Position der Bundesregierung zu art. 23 GG,* de 29 de abril de 2004, *Kommission von Bundesrat un bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlicen Ordnung,* Kommissiondrucksache 0041.

[83] *Vid.* I. PERNICE, *Föderalismus im Umbruch. Zur Frage der Europafähigkeit des föderalen Deutschland,* WHI– Paper 6/04, presentado a la *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* donde se le numeró como *Kommissiondrucksache* 0044. Todos los documentos que se citan a continuación y que provienen de la comisión pueden encontrarse en la página web del *Bundesrat* (www.bundesrat.de).

[84] *Vid.* E. SCHMIDT-JORTIG, *Scriftliche Stellungnahme zum Themenschwerpunkt «Europa» der Comisión von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* de 14 de mayo de de 2004, Kommissiondrucksache 0037, pág. 2 a 4; *vid.* también, KONFERENZ DER PRÄSIDENTINNEN UND PRÄSIDENTEN DER DEUSTCHEN LANDESPARLAMENTE, *Quelinburger Erklärung. Die bundesstaatliche Ordnung modernisieren. Die Parlamente stärken. Eine Verfassung für Europa,* en este documento se recogen la quejas que sobre el sistema tienen los propios parlamentos de los estados federados.

[85] El enfrentamiento entre ambas cámaras a propósito de los asuntos de la Unión Europea es constante, como indica el BUNDESREGIERUNG, *Position der Bundesregierung zu art. 23 GG,* de 29 de abril de 2004, *Kommission von Bundesrat un bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlicen Ordnung,* Kommissiondrucksache 0041.

[86] *Vid.* R. SCHOLZ, *Stellungnahme zur Thematik «Reform der bundesstaatlichen Ordnung und Europäische Union»* de 14 de mayo de 2004, Kommissiondrucksache 0040, págs. 7 y 13. *Vid.*, en el mismo sentido, A. BENZ, *Zur «Europafähigkeit» des deutschen Bundesstaats, Vorlage für die Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung,* Kommissiondrucksache 0043, pág. 11.

[87] *Vid.* I. PERNICE, *Bund-Länder-koordinierung zur Europa-politik. Zur Reform des Mitwirkungsverfahrens der Länder in Angelenheiten der Europäischen Union,* WHI-Paper 10/04 del Walter Hallstein-Institut, pág. 3 y ss.

[88] *Vid.* E. SCHMIDT-JORTIG, *Scriftliche Stellungnahme zum Themenschwerpunkt «Europa» der Comisión von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* de 14 de mayo de de 2004, *op. cit.*, pág. 8.

11327-344-Estado autonomico49 14/10/05 16:41 Página 343



cipales partidos políticos no han alcanzado el consenso sobre las reformas del sistema federal, habrá que esperar al futuro para ver cuáles son las medidas que finalmente se adoptan en el modelo alemán.

## V. A MODO DE CONCLUSIONES

La República Federal Alemana ha encontrado una serie de fórmulas que, aunque no exentas de deficiencias, como hemos visto, garantizan sobre el papel una participación de los entes territoriales con autonomía política en asuntos de la Unión Europea de forma proporcional a la competencia que éstos tengan sobre la materia de que se trate, respetándose siempre el principio de la representación nacional unitaria, que lejos de estar dividida o de ser objeto de mercadeo por parte de los diferentes actores implicados, se ejerce de forma conjunta y siempre en interés del Estado y del conjunto de los territoriales, que actúan todos a través del *Bundesrat*.

Con vistas a una posible modificación «europeizante» de la Constitución Española, y a fin de salvar la unidad de acción exterior en los foros de la Unión Europea, las soluciones adoptadas en Alemania nos pueden servir de ejemplo para establecer un sistema similar de participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios. Salvando las distancias entre el *Bundesrat* y nuestro Senado, sí que debiera ser posible implementar en España algún tipo de mecanismo que permita a nuestras Comunidades Autónomas participar en los asuntos de la Unión Europea de forma conjunta y unitaria, siempre, eso sí, en función del interés general del Estado del que, a mi juicio, debería hacerse corresponsables a las Autonomías en la medida en la que son partes integrantes del mismo, de un Estado que debe defender sus intereses en una Europa cada vez más compleja.

11327-344-Estado autonómico49 14/10/05 16:41 Página 344

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 345

# COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA CON EMBRIONES HUMANOS Y DEFINICIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Leire Escajedo San Epifanio**
*Profesora de Derecho Constitucional*
*Universidad del País Vasco*

## I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2003 aprobó el Parlamento andaluz una ley destinada a regular, dentro de su ámbito territorial, un ámbito de investigación Biomédica que, aunque sin prohibición expresa, estaba hasta entonces vedado a los investigadores españoles: la investigación con embriones humanos *sobrantes*[1]. Como detalla en la Exposición de Motivos de dicha Ley, lo hizo en ejercicio de la competencia exclusiva que, sin perjuicio de la que corresponda al Estado en materia *de fomento y coordinación de la investigación científica y técnica*, recoge el Estatuto de Autonomía para Andalucía[2] en el apartado 21 del su art. 13.

Numerosas instancias habían venido urgiendo a las instituciones estatales un protocolo de actuación respecto de los miles de embriones que, aunque clínicamente aptos para la procreación, quedaban descartados para la reproducción humana asistida porque la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción asistida no admitía su implantación pasados cinco años desde el inicio de la crioconservación. Con la vista puesta en esos embriones, condenados por ley a la destrucción o a una congelación *sine die*, esas instituciones hacían hincapié en la conveniencia de que los investigadores pudieran acceder bien a esos embriones, bien a sus células (las llamadas células madre embrionarias o células troncales), en proyectos destinados a la prevención y tratamiento de gravísimas enfermedades, algunas de ellas hoy día incurables como la diabetes, el parkinson o el Alzheimer. Algunos países, como el Reino Unido, Suecia, Australia o Bélgica ya han regulado este tipo de investigaciones.

En un principio todas estas demandas se habían venido dirigiendo al Estado. Ello es comprensible, porque fue esa Ley 35/1988 la que estableció con claridad que únicamente podían emplearse para la investigación los embriones que no presentasen las condiciones necesarias para

---

[1] La Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro. Publicada en el BOE nº 279/2003, de 21 de noviembre de 2003.

[2] Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre (BOE de 11 de enero de 1982).

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 346



poder ser transferidos al útero de una mujer (embriones *clínicamente no viables*), y, consiguientemente, en esa misma Ley se esperaba, y consiguientemente por parte del Estado, un pronunciamiento sobre el destino que habría de darse a los *embriones clínicamente viables*, aunque, por algún motivo –especialmente el paso del plazo máximo de crioconservación–, sobrantes. Esta situación, debe hacerse notar, no se había modificado a pesar de los destacados resultados que se vienen obteniendo en los últimos años en investigaciones y experimentaciones células madre no embrionarias y células embrionarias de origen no humano. Y, hasta cierto punto al menos, en este caso de la obtención de células troncales embrionarias, no debe extrañarnos la pasividad del legislador, toda vez que la obtención de células de los embriones implica en último término la destrucción de un embrión clínicamente viable y consiguientemente es un tema muy sensible desde el punto de vista ético.

La Comunidad andaluza entendió que los embriones *sobrantes*, una vez pasado el plazo máximo de crioconservación, habían dejado de ser viables, aunque conforme al estado actual de la ciencia fuera por motivos jurídicos y no estrictamente biológicos. Basándose en que la Ley 35/1988 no explicaba con claridad si la *no viabilidad* debía entenderse en términos clínicos o funcionales, y con base, insistimos, en las Competencias de Investigación que asumió en su Estatuto de Autonomía, creó una ley sobre *investigación con los embriones sobrantes*. Y de este modo la investigación con los embriones sobrantes, proscrita, o al menos en situación de alegalidad, en el resto del territorio español, pasaba a admitirse en Andalucía.

Prácticamente al tiempo de la publicación de esta Ley en el Boletín Oficial del Estado, el gobierno planteaba un recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley 7/2003 de Andalucía, entendiendo que correspondía al Estado en exclusiva el establecimiento del estatuto de los embriones humanos de cara a su empleo en la investigación y experimentación Biomédica. También se ponía en duda el alcance de las competencias autonómicas en materia de investigación, reviviendo un conflicto que ya se planteó con la creación de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, sobre la cual hubo de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 90/1992 [3]. Los artículos 149.1.15 y 148.1.17 CE *«parecen situar las competencias de investigación a la plena disponibilidad de una pluralidad de centros de decisiones, es decir, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas»* [4] y ello ha propiciado que muchos Estatutos de Autonomía empleen fórmulas muy amplias al asumir competencias en la materia, empleando la fórmula «*se asume la competencia exclusiva sin perjuicio de la que pueda corresponder al Estado».*

---

[3] STC 90/1992, de 11 de junio de 1992, BOE nº 169, resolviendo los recursos interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y el Presidente del Parlamento de Cataluña contra determinados artículos de la Ley 13/1986.

[4] Fundamento Jurídico nº 2 de la STC 09/1992.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 347



Pero sin esperar a la resolución del Tribunal Constitucional, el Estado modificó parcialmente la Ley 35/1988 con la Ley 45/2003, tratando de recuperar algunas de las competencias «usurpadas». El artículo único de la Ley 45/2003 recoge algunas previsiones destinadas fundamentalmente a evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios y a reducir la tasa de embarazos múltiples. Curiosamente, sin embargo, el debate público abierto por la ley andaluza llevó finalmente al Estado a autorizar algunas investigaciones biomédicas con embriones *sobrantes*.

Al efecto creó un sistema que funciona en torno a un centro, el *Centro Nacional de Transplantes y Medicina Regenerativa* (CENTMER). El CENTMER se crea, en principio, con la intención de que siguiendo un riguroso protocolo de descongelación, obtenga en exclusiva las líneas celulares que posteriormente se asignarán a los proyectos de investigación biomédica y medicina regenerativa debidamente autorizados y, por tanto, es el único legitimado para acceder directamente a los embriones destinados a la investigación.

Aunque con la ley 45/2003 se dio por fin una salida a los embriones sobrantes, al tiempo fueron puestas en cuestión algunas de las competencias asumidas por organismos andaluces, algunos de ellos creados al efecto en la Ley 7/2003. Se entiende, en consecuencia, que el ejecutivo andaluz recurriese la ley 45/2003 y su normativa de desarrollo ante el Tribunal Constitucional. A su entender el Estado estaba abusando de su competencia en materia de *fomento y coordinación de la investigación científica* y vaciando de contenido las competencias de la Comunidad de Andalucía en materia de investigación biomédica.

Aunque son varios los aspectos en que colisionan la normativa estatal y la andaluza, el cambio de gobierno ha propiciado la retirada de ambos recursos y, además de admitir tácitamente la constitucionalidad de ambas normas, nos ha privado de una doctrina constitucional que prometía interesante. La situación se ha tratado de enmendar con algunos pactos y a través del Real Decreto 213/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los *requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes,*[5] pero no puede darse por cerrada. ¿Qué sucederá si otras Comunidades Autónomas siguen el camino emprendido por Andalucía o van más allá? ¿Y si además de los embriones sobrantes por haber pasado el plazo máximo de crioconservación, decide alguna Comunidad autorizar la investigación con embriones que han sido descartados por otros motivos, por ejemplo por renuncia de los progenitores o por el divorcio de éstos?

A nuestro modo de ver hay un conflicto importante que en la actualidad se ha sofocado con pactos más políticos que jurídicos, pero que puede abrirse en cualquier momento. En las líneas que siguen, argumentaremos

[5] Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, publicado en el BOE nº 262, de 30 de octubre de 2004.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 348



con detenimiento por qué a nuestro juicio hubiera sido muy oportuno un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre, en primer lugar, cuáles son los límites constitucionales de la investigación con preembriones humanos (o embriones *in vitro*) y, pasados esos límites, a quién corresponde decidir sobre su utilización en la investigación y experimentación. En segundo lugar, y unido a eso, nos referiremos a por qué era y es necesaria una clarificación en punto al reparto de las competencias en el establecimiento del régimen al que, por lo especial de su objeto, deben someterse las investigaciones con embriones clínicamente viables. Y, establecido el régimen del objeto, nos referiremos a la conveniencia de delimitar qué competencias de investigación biomédica corresponden a las Comunidades Autónomas y cuáles al Estado.

## II. LA COMPETENCIA PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTATUTO PARA LOS EMBRIONES CLÍNICAMENTE VIABLES AUNQUE SOBRANTES

La ley andaluza argumentaba su legitimación en una supuesta laguna legal de la Ley 35/1988, que únicamente hablaba del empleo en la investigación de embriones muertos y vivos *no viables*, aunque no precisaba qué debía entenderse por estos últimos. Es decir, que no precisaba si *no viables* equivalía a embriones *no aptos para la reproducción humana* (a lo que algunos autores se refieren como no viables en sentido biológico, o clínicamente no viables)[6], o si, por contra, empleaba un concepto funcional de viabilidad. Esta segunda interpretación implica considerar no viables tanto los que clínicamente no lo fueran, como aquellos que por diversos motivos hubieren sido descartados para la reproducción. Así, por ejemplo, aquellos embriones que los progenitores no van a usar y no pueden ser donados y también los que se han crioconservado más allá del plazo máximo establecido en la Ley.

Con ello se reedita un debate que surgió con la aprobación de la Ley 35/1988, en punto a la interpretación que debe darse a la no viabilidad. Aunque voces destacadas se han pronunciado favorables a esta interpretación amplia de no viabilidad [7], a la que se suma el legislador andaluz, la interpretación dominante, que se apoya además en lo que parece defender el Tribunal Constitucional [8], aboga por una comprensión biológica de

---

[6] Opinión avalada, entre otros, por la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* (CNRHA), como se detalla en la nota siguiente, y por *el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica* en su informe titulado *La investigación sobre células troncales*, Fundación Española de Ciencia y Tecnología, 2003, pág. 55.

[7] Manuel Atienza y Antonio García Paredes formularon en este sentido un voto particular *al II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida*, relativo a la Investigación con embriones humanos «sobrantes» por cuanto dicho Informe interpretaba que la Ley 35/1988 empleaba un concepto biológico de viabilidad de los embriones. Así también, Jaime Vidal Martínez, en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 12 (2000), pág. 121.

[8] Así, Luis González Morán, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de diciembre de 1996 (II)», *Rev Der Gen H*, nº 10/1999, págs. 179 y ss; y Carlos María Romeo Casabona en

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 349



la no viabilidad. En este sentido argumenta la opinión mayoritaria que ello es lo que se desprende de una interpretación de conjunto de la Ley 35/1988, que no permite la investigación con embriones clínicamente viables, aunque sean sobrantes. Se recomienda, no obstante, una clarificación legal, o al menos jurisprudencial, de los términos dudosos.

En cualquier caso, más que del modo en que ha de interpretarse la expresión viabilidad, de lo que debe hablarse es de si la Comunidad andaluza puede suplir una laguna de la Ley 35/1988, que sólo habla de la investigación con embriones no viables. ¿Es una cuestión relativa a la competencia de investigación? Entendemos que, propiamente, no. Es una cuestión relativa al objeto de la investigación, los embriones humanos viables, un objeto además al que algunas sensibilidades atribuyen un status de persona humana o casi y que el Tribunal Constitucional español ha definido como un valor, un bien jurídico, amparado en el artículo 15 CE[9].

Desde este punto de vista, la ausencia de referencia de la Ley 35/1988 a la investigación con estos embriones ha de interpretarse como una no admisión del Estado de la investigación con embriones viables y puede obedecer al estatus que a dichos embriones se les quiere reconocer en el ordenamiento jurídico. ¿Puede una Comunidad autónoma establecer un criterio diferente al del Estado en lo relativo a con qué embriones puede investigarse? Entendemos que esta posibilidad no es constitucionalmente admisible y lo argumentamos sobre dos pilares. Atenderemos primero al marco constitucional de la investigación biomédica con embriones humanos, que nos sitúa ante dos derechos fundamentales y, en segundo lugar, a las condiciones que dicho marco constitucional establece respecto de las normas que lo desarrollen.

### II.1. EL ESTATUTO DEL EMBRIÓN QUE NO PUEDE SUPERAR EL LEGISLADOR ORDINARIO

Aunque el conflicto competencial parece haberse deslizado hacia la definición de las competencias autonómicas en materia de investigación, en este caso no puede pasarse por alto que el objeto de las investigaciones a las que la ley 7/2003 de Andalucía se refiere son embriones humanos clínicamente aptos para la reproducción. Como veremos esta circunstancia deja muy poco espacio al debate en términos de reparto de competencia vertical, por cuanto algunos aspectos de su estatuto son inaccesibles no sólo para el legislador autonómico sino, incluso, para el legislador estatal ordinario. Las tres Sentencias en que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre las formas de vida humana

---

un detallado análisis de la jurisprudencia constitucional relativa a la vida antenatal, en «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías», en *El derecho a la vida*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 35 y ss, con más referencias.

[9] STC 53/1988. *Vid.* Rafael RUBIO NÚÑEZ, «Investigación con células madres: un problema jurídico», *Revista de Derecho político*, núm. 61, 2004, págs. 235 a 237.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 350



anteriores al nacimiento sitúan a estos embriones al amparo del artículo 15 de la Constitución y la definición de su estatuto afecta, consiguientemente, a la definición del contenido esencial del derecho a la vida.

A ello debemos añadir que desde el 1 de enero de 2000[10] está en vigor un Convenio que establece un marco jurídico que el legislador ordinario no puede rebasar. Se trata del *Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina*[11], que aunque permite autorizar la investigación y experimentación con embriones humanos (sin distinguir categorías entre ellos), establece una serie de requisitos al efecto. En concreto, exige que la autorización se realice por ley y que, además, la ley *garantice una protección adecuada* de los embriones[12].

### II.1.a) El marco constitucional de la investigación con embriones sobrantes

Los avances biomédicos requieren con frecuencia la obtención de muestras biológicas humanas, que en ocasiones proceden de seres humanos vivos o de formas de vida humana antenatales (preembriones, embriones o fetos), y, en algunos casos, estadios avanzados de la investigación requieren proceder a una experimentación con éstos. En este punto se encuentran, de una parte, los avances científicos y técnicos, que tienen como soporte la libertad de investigación[13] y deben respaldarse con el compromiso del Estado a favor del progreso, y, de otra, derechos, valores e intereses que, como es especialmente en el caso del derecho a la vida y a la integridad física y moral, tienen en nuestro sistema sociopolítico una protección no sólo equiparable sino, en la mayoría de los casos, muy superior. Así, en el caso de los seres humanos ya nacidos, en tanto representan un valor en sí mismos, debe tenerse en cuenta que éstos merecen un respeto que no atiende a los beneficios que pudieran obtenerse para terceros o para la sociedad en su conjunto, tal y como se deduce fácilmente del Título I de la Constitución.

En la búsqueda de los límites constitucionales a la investigación con células madre de origen embrionario, debemos reparar, en primer lugar, en la entidad de las mismas. Se trata de células troncales procedentes, por concepto, de embriones *in vitro*. Es decir, que estamos ante células de *una forma de vida humana* que clínicamente pudiera dar lugar a un ser humano pero que, de momento, no está en ese proceso. Además, debemos tener en cuenta que la obtención de las células troncales embrio-

---

[10] El Protocolo relativo a la prohibición de la clonación humana reproductiva está en vigor desde el 1 de marzo de 2001.

[11] Véase al respecto AA. VV., *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Comares-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2002.

[12] Artículo 18 CDHB.

[13] Carlos María Romeo Casabona, «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías», cit., 2003, pág. 20.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 351



narias requiere la destrucción de un embrión, que insistimos, era clínicamente apto para la reproducción humana. Por estas razones, la autorización de dichas investigaciones plantea importantes debates éticos[14], en los que apreciamos un abanico muy amplio de posturas que van desde una libertad absoluta para investigar con los embriones in vitro propiamente o con células de éstos, hasta una cuasiequiparación de la dignidad de estos embriones con la que se reconoce al ser humano.

Nuestro texto constitucional, como por lo demás sucede en la mayor parte del Mundo, no hace ninguna referencia explícita a los embriones (ni *in vivo* ni *in vitro*), si bien el Derecho Constitucional presenta una enorme potencialidad ante las nuevas agresiones que los avances de la biomedicina pueden suponer para los derechos fundamentales. En este sentido, aunque mayormente referidas a intervenciones biomédicas en seres humanos ya nacidos, algunas Constituciones han incluido algunos principios de lo que se empieza a señalar como *Derecho constitucional de la Bioética*[15] o *Derecho constitucional de la Biomedicina y las Biotecnologías*. Es el caso, entre otras, de la *Constitución de la Confederación Helvética*, reformada en 1992, la *Constitución Portuguesa*, que se refiere a la protección de la dignidad personal ante la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías y de la experimentación genética (reforma de 1997), o la *Constitución de Grecia* (reforma de 2001).

En cualquier caso diversas circunstancias, como la despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo en Alemania y en España (con la introducción del artículo 417 bis en el CP de 1973), o la aprobación en España de las Leyes 35/1988 *sobre Técnicas de Reproducción Asistida* y la Ley 42/1988 de *donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*, motivaron un pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional sobre la consideración y protección que merecen las formas de vida humana antenatal.

No es momento de insistir en las muchas críticas que se han hecho a la forma, algunas también al fondo, de las tres sentencias en que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado a este respecto (SSTC 53/1988, 212/1996 y 116/1999), aunque sí conviene recordar las más importantes. Al margen de los más de diez años que tardó en resolver uno de los recursos planteados (el de la Ley 35/1988)[16] se ha censurado al Tribunal Constitucional el haberse limitado a una exégesis constitucional de las normas recurridas, sin haber aprovechado la ocasión, sobre todo en las dos últimas sen-

---

[14] Así lo estima también el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Técnica en su Informe sobre *la Investigación con células troncales*, recomendación nº 4, editado en 2003.

[15] En expresión de Carlos María Romeo Casabona, «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías», cit., 2003, pág. 17, con referencias a los trabajos de Héctor Gros Espiell, «Constitución y Bioética», en AAVV, *Derecho Biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1998, págs. 137 y ss.

[16] *Vid*. al respecto Gonzalo Arruego Rodríguez/ Ricardo Chueca Rodríguez, «Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina», *Rev Der G H*, 12/2000, 95 y ss.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 352



tencias, para clarificar algunos extremos[17], estructurar mejor su doctrina e incluso desarrollarla en algunos extremos[18]. Tal vez los recursos planteados en 2003 con motivo de la investigación con células troncales embrionarias hubieran sido una ocasión magnífica en este sentido.

En cualquier caso, de la doctrina establecida en las citadas sentencias cabe extraerse una suerte de estatuto constitucional del embrión *in vitro*[19], que fija con bastante claridad el marco dentro del cual pueden moverse las decisiones de los diferentes poderes públicos en punto a la investigación con las células madre embrionarias. La primera conclusión es que a juicio del Tribunal constitucional la Constitución no reconoce a ninguna forma de vida antenatal, ni siquiera al concebido, la titularidad del derecho fundamental a la vida (STC 53/1985)[20]. En línea con esto, en las sentencias de 1996 y 1999, refiriéndose ya al embrión *in vitro*, insiste en que no se le puede atribuir la consideración de persona en sentido jurídico.

Sin embargo, como segunda conclusión, se establece en estas sentencias que, con la excepción de los embriones clínicamente no viables[21], todas las formas de vida humana antenatal –incluidos por tanto los embriones *in vitro*– son merecedoras de protección constitucional. Argumenta, al efecto que los preceptos relativos a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, en este caso especialmente el artículo 15, no agotan su contenido en el reconocimiento de los derechos, sino que pueden contener más allá de ello otras exigencias a legislador. Así, garantías institucionales, principios rectores o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, tal y como precisa el Tribunal Constitucional en la STC 212/1996, y las formas de vida antenatales,

---

[17] Por ejemplo, las confusiones que ha establecido al situar en *la gestación* (comienzo del desarrollo en el útero materno) el comienzo de la vida humana. Así en la sentencia del aborto, como advirtío Carlos María Romeo Casabona, ya en *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994, pág. 91. Y también en la apreciación del tribunal Constitucional sobre la expresión viable que emplea la Ley 35/1988, como destaca Luis González Morán en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de diciembre de 1996 (i y II9», Rev Der G H 10/1999, pág. 171.

[18] Vicente Bellver Capella, «El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica», Rev Der G H 11/1999, págs, 122 y ss; Encarna Roca Trías, «Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de la ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC 11/1999», *Rev Jurídica de Catalunya*, 1/2000, pág. 432; Jaime Vidal Martínez, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida», Rev Der G H, 12/2000, págs. 115 y ss.

[19] Vid. Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, pág. 37; Encarna Roca Trías, «Embriones, padres y donantes», Rev Jurídica de Catalunya, 1/2000, pág. 422 y, en especial, la detallada exposición de Carlos M. Romeo Casabona sobre los criterios constitucionales de valoración de las diferentes situaciones del embrión in vitro, en «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías», cit., 2003, págs. 32 a 42.

[20] Sigue, pues, una doctrina diferente a la del Tribunal Constitucional alemán, que en las sentencias relativas a la despenalización parcial del aborto proclamó que el feto era titular del derecho a la vida y portador de dignidad humana. Sentencias BGH de 25 de febrero de 1975 y 28 de mayo de 1993.

[21] Al respecto la STC 53/1985 se refiere a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, para descartarlos de la protección constitucional, en tanto ésta última se basa, como hemos dicho, en una protección de los derechos fundamentales, especialmente de la dignidad humana y del derecho a la vida, que va más allá del mero reconocimiento a tales derechos.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 353



en expresión de la STC 53/1988, «*son considerados bienes jurídicos cuya protección encuentra fundamento constitucional en el art. 15 CE*»[22].

En este caso, la posibilidad de que el embrión o feto, que no es sujeto de derechos, pueda *llegar a serlo* es considerada fundamento suficiente para concederle una protección[23]. Y, además, la mayor o menor cercanía respecto de esa posibilidad es empleada como criterio de gradación de la protección dispensada[24]. Por cuanto aquí nos interesa debemos preguntarnos si todos los embriones *in vitro* clínicamente viables son considerados por el Tribunal Constitucional y, consiguientemente, merecen una protección homogénea; o si, por el contrario, se admite una protección menor para los embriones que, aunque clínicamente viables, han sido descartados para la procreación y, por tanto, podemos calificar como *sobrantes*.

La Sentencia 116/1999 se refirió a la existencia de embriones sobrantes como un hecho científico inevitable y valoró la crioconservación como el único remedio para una mejor utilización de los preembriones[25]. Al entender la existencia de embriones *sobrantes* como un mal necesario desde el punto de vista de las técnicas de reproducción asistida, pudiera deducirse de la doctrina del tribunal Constitucional que sólo respecto de éstos cabría plantearse un destino diferente al de la fecundación, aunque es deseable una mayor claridad a este respecto. Además, pasado ese punto, no queda claro, como destaca ROMEO CASABONA, si sería conforme o contrario a la Constitución Española que el legislador ordinario autorizase la utilización de los embriones sobrantes viables con fines de investigación[26].

Otra cuestión que resulta interesante a los efectos de los conflictos competenciales es si el estatuto de los embriones viable sometidos a investigación debe o no regularse por ley orgánica. En términos similares se planteó el recurso del grupo parlamentario popular contra la Ley Reguladora de Técnicas de Reproducción Asistida[27]. Entendiendo que ésta afectaba a la dignidad humana y al derecho a la vida, plantearon que dicha Ley fuera una Ley Orgánica. Recordamos además que la propia STC 53/1988, reconoció –aunque con algunas imprecisiones terminológi-

---

[22] Debe advertirse que en el momento en que se dictó esta sentencia y debido al uso erróneo, o cuando menos confuso, que la misma hizo del comienzo de la vida humana (situándolo en apariencia en el comienzo de desarrollo dentro del útero) parecían quedar fuera las situaciones pregestacionales, como la del embrión in vitro. Pero las sentencias posteriores han contribuido, aunque no de forma expresa, a matizar esa interpretación.

[23] Encarna ROCA TRÍAS, «El Derecho perplejo: los misterios de los embriones», Rev Der G H 1/ 1994, págs. 121 y ss; Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido «in vitro»*, Madrid, 1999, págs 101 y ss.

[24] Así también Carlos M. ROMEO CASABONA, «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías», cit., 2003, pág. 30, 40-42.

[25] Fundamento jurídico 11°.

[26] Carlos ROMEO CASABONA, «El derecho a la vida», cit., pág. 40.

[27] Véase detalladamente Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, «Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética», en AA. VV., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, *Mujeres y Constitución en España*, págs. 643 a 646.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 354



cas[28]– que las formas de vida antenatales eran bienes jurídicos amparados en el art. 15 CE.

En la Sentencia 212/1996 el Constitucional entendió, partiendo del carácter estricto y excepcional que es propio de la reserva de Ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE[29], concluyó primero que la dignidad humana no estaba abarcada en el ámbito de la reserva[30] y, respecto del derecho a la vida, que la reserva de Ley orgánica en el caso de los derechos fundamentales debe limitarse «*al ámbito propio del derecho fundamental*», derecho del que no son titulares los *nascituri*[31]. Estima por ello[32], aunque en ocasiones con argumentos un tanto desafortunados[33], que la Ley 35/1988, y podría concluirse, a nuestro juicio, que, por extensión, aquellas que regulen el estatuto de los no nacidos –en concreto de los embriones in vitro–, no están sometidas a la reserva de ley orgánica[34].

En cualquier caso, como bienes jurídicos amparados en el artículo 15 CE, a efectos de reparto competencial sí pueden entenderse abarcados por el 1491.1, que atribuye en exclusiva al Estado la competencia sobre «*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*».

### II.1.b) Los compromisos asumidos en el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina: marco insuperable para el legislador ordinario

Algunos autores[35] han llamado la atención sobre el hecho de que el tribunal Constitucional, al dictar la STC 116/1999, no tuviera presente que España había suscrito ya un Convenio, el *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina*[36], entonces en trámite de ratificación e incorporación al ordenamiento jurídico español. En la actualidad, mediante la remisión del art. 10.2 a los tratados internacionales ratificados por España, este Convenio que, entre otras cosas, sí se refiere expresamente a los embriones y preembriones, resulta en la actualidad una pieza clave en la in-

[28] *Vid. supra*, en nota nº 15, sobre el término gestación.

[29] Sobre ello se había pronunciado ya en las SSTCE 2/1981 y 127/1994, entre otras.

[30] Fundamento jurídico 4º, con el voto particular del Magistrado Jiménez de Parga.

[31] Cuestiona la solidez de este argumento Yolanda Gómez Sánchez, en «Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética», cit., 2000, págs. 644-645.

[32] Véanse los fundamentos jurídicos 3º, 4º y 11º de la STC 212/1996.

[33] Véase los comentarios a la sentencia de Vicente Bellver Capella, «El Tribunal Constitucional ante la ley sobre técnicas de reproducción asistida», *Rev Der G H* 11/1999, pág. 123 y Pedro Serna, «Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial», *Persona y Derecho* nº 41, 1999, págs. 166 y ss.

[34] En contra Vicente Bellver Capella, «El Tribunal Constitucional ante la ley sobre técnicas de reproducción asistida», *Rev Der G H* 11/1999, pág. 124, que entiende hubiera sido deseable que el TC hubiera optado por exigir el carácter orgánico para la ley reguladora de las TRA.

[35] Carlos M. Romeo Casabona, «El derecho a la vida», cit., pág. 39.

[36] Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril, de 1997 (RCL 1999, 2638).

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 355



terpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales por cuanto a la Biomedicina se refiere.

La especificidad del ámbito de intervención de este Convenio, la Biomedicina, ha propiciado que el mismo pase por el momento un tanto desapercibido, con la excepción quizá del *Protocolo que prohibe la clonación humana reproductiva*. Pero es una referencia inexcusable en el tratamiento jurídico de la Investigación con embriones humanos, en tanto este Convenio establece un marco jurídico que no puede rebasarse por el legislador ordinario. Además no debe perderse de vista que se trabaja en la actualidad en dos importantes protocolos que, como sucedió en 2001 con el Protocolo relativo a la Prohibición de la Clonación Humana Reproductiva, desarrollarán aspectos relacionados con este Convenio, entre otras cosas, en materia de investigación con células madre de origen embrionario.

Atendiendo al artículo 18 del CDHB pueden concluirse dos extremos importantes por cuanto aquí nos interesa. Primero, que los Estados parte podrán admitir la investigación con embriones *in vitro*, siempre y cuando esa admisión se realice por ley y en dicha ley se garantice una protección adecuada del embrión. Segundo, que se prohibe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación, por lo que, a pesar de las objeciones que a ello plantearon destacados científicos, únicamente pueden investigarse con los embriones *sobrantes*. Esto nos suscita tres reflexiones, que quedan, por el momento, abiertas para el debate.

Desde la perspectiva de la investigación con las células troncales, podemos cuestionarnos qué garantías deberá establecer la ley, toda vez que extraer esas células implica que el embrión queda definitivamente descartado para la reproducción y en tanto no puede permitirse su desarrollo *in vitro* más allá del 14º día desde su fecundación, el único destino que puede dársele es su destrucción.

En otro orden de cosas, vemos que este texto establece un márgen más amplio que el de la Ley 35/1988, permitiendo la investigación con embriones sobrantes, siempre y cuando ésta se regule por ley y con las debidas garantías. Y, por último, ¿qué hubiera pasado si el legislador andaluz se hubiera remitido a este Convenio y no a una laguna de la ley 35/1988?

Es importante advertir, además, que en tanto las células troncales embrionarias pudieran en un futuro próximo emplearse con fines terapéuticos, algunos autores entienden que la exclusión en el CDHB de crear embriones con fines de experimentación no excluiría crearlos con fines terapéuticos directos, especialmente cuando se trata de salvar la vida de una persona o sanar una grave enfermedad incurable. Advierte ROMEO CASABONA que la Ley 35/1988 excluía todo fin no reproductivo, estableciendo una infracción administrativa que el Código penal de 1995 elevó a la categoría de delito, pero el CDHB permite parece permitir al legislador ordinario una autorización más amplia[37].

[37] Carlos M. ROMEO CASABONA, «El derecho a la vida», cit., pág. 45.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 356



Dicho esto cabe hacerse algunas preguntas. ¿Quiere ello decir que si el Estado no desea ampliar el margen de la investigación con embriones (algo que corresponde al estatuto del objeto de la investigación), puede hacerlo una comunidad autónoma? ¿Qué hubiera pasado si el legislador andaluz se hubiera remitido a este Convenio y no a una laguna de la Ley 35/1988? A nuestro juicio, las garantías que conforme al Convenio deben establecerse por ley para proteger adecuadamente al embrión, son garantías que corresponden al estatuto de éste y, como bien protegido en el art. 15 CE y, en consecuencia, aplicando el art. 149.1.1 CE, corresponde al Estado su establecimiento.

### II.1.c) La situación actual de la investigación con embriones en la legislación ordinaria: el conflicto entre la Ley 35/1988 (reformada en 2003) y la Ley 7/2003 de Andalucía, desde el punto de vista del Estatuto del embrión

En el epígrafe siguiente entraremos propiamente en el reparto de la Competencia en materia de investigación científica y técnica, pero en este momento quisiéramos reseñar el conflicto competencial que existía y existe desde el punto de vista del establecimiento del Estatuto del embrión en las normas que aquí nos ocupan. La Ley 35/1988 no estableció expresamente el destino que debía darse a los embriones sobrantes una vez pasado el plazo máximo de crioconservación (inicialmente de cinco años) y la Ley 7/2003 de Andalucía surge con el objeto (art.1) de «*regular la investigación, con fines de mejorar la salud y la calidad de vida de las personas, utilizando los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro*». En ese mismo artículo interpreta el legislador andaluz que estos embriones *in vitro*, «*a los efectos previstos en el art. 15.3ª de la Ley 35/1988{...} se considerarán no viables, por haber transcurrido más de cinco años desde su crioconservación*».

Se sirve así de las dudas que *ab origine* venía suscitando el concepto de *viabilidad* de los embriones que emplea la Ley 35/1988, estableciendo una categoría intermedia entre embriones vivos y muertos[38]. Explica ROMEO CASABONA que la palabra viable permite dos acepciones: una estrictamente biológica y otra que dejaría fuera a los embriones que *por circunstancias no biológicas* quedan descartados para la reproducción humana[39]. Así, por desistimiento o imposibilidad de los progenitores de lograr la paternidad o maternidad por medio de las técnicas de reproducción asistida, por imposibilidad incluso de que fueren donados o por haber expirado el plazo máximo durante el que la ley permite su conservación.

---

[38] Algunos autores, entre ellos Luis GONZÁLEZ MORÁN, «Comentario a la Sentencia del Tribuna Constitucional 212/1996» (II), rev Der G H 10/1999, pág. 161, criticaron la ausencia de un pronunciamiento más preciso del TC a este respecto.

[39] Mismo criterio, recordamos que ha sido propuesto como interpretación más adecuada por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida (2000) y por el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tenológica (2003).

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 357



En cualquier caso, y como ya se ha dicho, no parece haber dudas de que la Ley 35/1988 sólo permite *investigar* con preembriones viables cuando se trate de intervenciones que tienen un carácter diagnóstico, terapéutico o preventivo para el propio embrión y limita expresamente otro tipo de investigaciones, que sólo pueden emplear preembriones humanos muertos o no viables. Respecto de estos embriones sobrantes cuyo plazo de conservación ya ha expirado, admite, sin embargo, la Ley andaluza su destino a la investigación, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de los progenitores.

Cabe decir que la ley andaluza sigue en parte las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, en su primer informe de 1998, aconsejando el destino de estos embriones sobrantes a fines de investigación. Pero sólo las sigue en parte, porque esta Comisión propuso una reforma legal que de forma clara permitiese la investigación con embriones sobrantes, para no tener, por tanto, que recurrir, como ha hecho el legislador andaluz, a una interpretación flexible de los conceptos de *viable* o no *viable*.

Con posterioridad a la Ley andaluza, se reformó la Ley 35/1988 a través de la Ley 45/2003, regulando, en régimen de excepción, la posibilidad de investigar con líneas celulares provenientes de embriones crioconservados. Como subraya ROMEO MALANDA, ello no implica, ni mucho menos, autorizar la investigación con embriones *in vitro* viables con carácter general[40], porque sólo se aplica a los embriones *viejos*. Es decir, que ya sobraban antes de la entrada en vigor de esa Ley, porque respecto de los nuevos amplia considerablemente el plazo admitido para su crioconservación: se podrán conservar, como reza ahora el artículo 11 tras la reforma, a lo largo de toda la vida fértil de la mujer. Además, crea un Centro, el CENTMER, al que corresponde en exclusiva la descongelación de los embriones y la obtención de estructuras biológicas procedentes de los mismos. Dejando para el epígrafe siguiente la posibilidad de que un Centro Estatal, aún con dos nodos situados en Valencia y Barcelona, mantenga esa exclusividad en la obtención de las células madre embrionarias. Es evidente que estas dos leyes establecen un nivel distinto en la admisibilidad de la investigación con embriones sobrantes.

Conviene reparar en que la Ley 45/2003, en coherencia con su previsión de reducir drásticamente los embriones sobrantes, se refiere sólo a los embriones que ya sobraban en el momento de aprobación de la misma, obviando a los nuevos que puedan aparecer. Esto fue explicado en el Congreso con base en que «*dejar la puerta abierta a la investigación para nuevos embriones sobrantes no resulta coherente con el empleo en querer evitar que los haya, ni con el principio de que sólo se pueden ob-*

[40] Comunicación presentada por Sergio ROMEO MALANDA, en el III Congreso Mundial de la SIBI, bajo el título «*La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de investigación con células troncales de origen embrionario*».

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 358



*tener embriones con fines reproductivos*», apoyándose en que otros países como Estados Unidos, Alemania o Francia han puesto también una fecha límite para la investigación con células madre embrionarias[41].

Además, crea un Centro, el CENTMER, al que corresponde en exclusiva la descongelación de los embriones y la obtención de estructuras biológicas procedentes de los mismos. Dejando para el epígrafe siguiente la posibilidad de que un Centro Estatal, aún con dos nodos situados en Valencia y Barcelona, mantenga esa exclusividad en la obtención de las células madre embrionarias. Estas particularidades obedecen a que el legislador es de la opinión de que la investigación con embriones sólo debe permitirse como algo excepcional, debido a la gran cantidad de embriones actualmente sobrantes, y limitado en el tiempo, porque para un futuro próximo se espera reducir drásticamente el número de embriones sobrantes.

Ese espíritu, sin embargo, no se traducirá en resultado mientras, si no hay pronunciamiento en otro sentido, otras Comunidades Autónomas puedan seguir el camino de Andalucía, o, quién sabe, incluso ir más allá. Esta situación no es, a nuestro juicio, constitucionalmente adecuada. Aunque la Constitución no proscribe la investigación con embriones, entendemos que esta Ley 7/2003 quiebra la competencia que al Estado atribuye en exclusiva el art. 149.1.1, por cuanto los embriones viables, aun los sobrantes, quedan al amparo del art.15 CE. Las comunidades autónomas no pueden superar al marco de investigación sobre embriones establecido por el Estado ni al alza, porque restarían protección a un bien protegido en el art. 15 CE, ni a la baja. Es decir, que tampoco podría una comunidad autónoma proscribir en su ámbito la investigación con embriones que autoriza el Estado, porque estaría restringiendo la libertad de investigación que se protege como derecho fundamental en el artículo 20. En cualquier caso sería deseable una clarificación legislativa a este respecto, porque esta inseguridad jurídica no hará sino entorpecer el buen desarrollo de las investigaciones científicas.

## III. EL REPARTO DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA CON EMBRIONES SOBRANTES

Advertido que a nuestro juicio la norma andaluza rompe con la competencia exclusiva del Estado en la definición de con qué embriones y hasta dónde puede investigarse con ellos, porque la definición de dicho Estatuto no se atribuye al Estado por razón del fomento y la coordinación general de la investigación científica (art. 1491.15), sino que se refiere al desarrollo del art. 15 CE y, consiguientemente, a un ámbito material diverso. Ello no quiere decir, empero, que esa vinculación con el artículo 15 CE legitime al

[41] Según se recoge en el Diario de Sesiones de 16 de octubre de 2003, Estados Unidos (estableció como fecha el 7 de agosto de 2001), Alemania (1 de enero de 2002), Francia (en su proyecto de nueva Ley de Bioética establece un máximo de 5 años), o Suiza, que se marca como fecha tope el año 2000.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 359



Estado para entrometerse en las competencias autonómicas que en materia de investigación admite la Constitución, algo que se denunció respecto de la Ley 45/2003 y que motivó un recurso de inconstitucionalidad impulsado por el ejecutivo andaluz. Como ya se ha dicho, este segundo recurso también fue retirado por lo que parece en principio que ni la Ley 45/2003 ni la Ley andaluza 7/2003 vulneran el reparto competencial en materia de investigación biomédica. Los distintos regímenes que en ellos se establecen, sin embargo, han creado una situación de inseguridad jurídica que en nada beneficia al buen desarrollo de la investigación con células troncales embrionarias y existe, además, el riesgo de que otras Comunidades Autónomas ejerzan sus competencias en otras direcciones.

Haremos, pues, una abstracción de que el Estado y la Comunidad andaluza autorizan la investigación con embriones en una medida diferente y nos centraremos en la cuestión de si, una vez establecido el objeto con el que legítimamente puede investigarse, cabe o no una pluralidad de centros que coordinen la investigación con preembriones o sus células.

La clave del conflicto planteado está, al menos parcialmente, en la interpretación del complejo reparto de competencias que la Constitución establece en materia de investigación científica y técnica. Al efecto tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, con motivo, como ya se ha indicado en la introducción, de dos recursos de las instituciones catalanas contra la Ley 13/1986 de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

La Ley andaluza establece que los proyectos de investigación con preembriones sobrantes deben contar con una autorización otorgada por el *Comité de Investigación con Preembriones humanos*, un órgano colegiado que, como precisa el art. 6 de la Ley 7/2003, está adscrito a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. Sin embargo, la Ley 45/2003 crea un Centro, el CENTMER, al que entrega en exclusiva importantes competencias, como la obtención y conservación de las líneas celulares procedentes de embriones sobrantes y crea un Banco Nacional de Líneas Celulares. Prueba de la incompatibilidad de estos dos sistemas, en la que entraremos con más detalle, es que el cambio de gobierno y la retirada de los recursos del ejecutivo central y del andaluz tuvieron como consecuencia una serie de ajustes entre ambas normativa entre ellos la supresión de esos apartados, en la Disposición Derogatoria del RD 2132/2004, de 29 de octubre[42]. No obstante, sigue habiendo importantes cuestiones por depurar y no debe olvidarse que la retirada del recurso contra la ley 7/2003 implica tácitamente un reconocimiento de la constitucionalidad de dicha Ley y, consiguientemente, de las competencias que la Comunidad Andaluza ejerce en esta materia, por lo que otras comunidades autónomas podrían seguir ese camino.

---

[42] RD 2132/2004, citado supra, que establece los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales procedentes de preembriones sobrantes

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 360



## A) INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA, PODERES PÚBLICOS Y LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN

La Exposición de Motivos de la Ley 13/1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica arrancaba con una demoledora crítica al clima de atonía en el que tradicionalmente se habían venido desenvolviendo la investigación científica y el desarrollo tecnológico en España. Ausencia de instrumentos de programación y coordinación, escasos medios, desconexión entre los investigadores y los sectores productivos, no son más que algunas de las razones que explicaban la «*escasa contribución española al progreso científico y tecnológico*», con las sabidas excepciones procedentes del «*esfuerzo aislado de relevantes personalidades*». Acertó el legislador en advertir que, si bien en el pasado y el presente se vienen apreciando las consecuencias de dicha atonía, las previsiones para el futuro deberían ser más preocupantes, porque, como decía Richard SYKES «*un país que no invierte en ciencia y en tecnología, que no investiga, sufrirá en los próximos años una pérdida de competitividad, viéndose así relegado económica y políticamente*».

No es éste el lugar ni el momento para divagar sobre la foto que a día de hoy exigiría una actualización de dicha Exposición de Motivos, aunque de seguro podría resumirse en algo así como «*veinte años de creciente apoyo a la investigación, destacados resultados, pero todavía sigue siendo insuficiente*». Y es que esa es precisamente la conclusión a la que llegaron las cumbres europeas de Lisboa y Barcelona, en las que se ha propuesto que la investigación inversión en investigación en I+D llegue para el 2010 al 3% del PIB para el 2010.

No obstante, a juicio de los científicos, el mayor reto para ese período probablemente no se refiera tanto a un incremento de las partidas presupuestarias destinadas a la investigación, fundamentales además para formar, retener y atraer científicos, sino como a un mejor sistema de gestión de la ciencia, más flexible, coordinado y eficiente. Al efecto se trabaja en la creación de un *Consejo Europeo de Investigación* que, con una dotación financiera adecuada y órganos de gobierno ágiles, sea autónomo y obtenga credibilidad y eficacia.

En este siglo XXI la investigación Biomédica se presenta como una de las actividades de investigación más decisivas, tanto por su papel esencial en la mejora de la atención sanitaria, la calidad y la expectativa de vida, como por su impacto en la denominada «economía basada en el conocimiento»[43]. En el nivel de la investigación básica persigue la investigación biomédica un mayor conocimiento de los mecanismos moleculares y celulares del funcionamiento del ser humano, así como de las alteraciones patológicas que dichos mecanismos experimentan, pero a par-

[43] Federico MAYOR MENÉNDEZ, «La apuesta por la Investigación Biomédica», en www.la rebotica.es (El MUNDO).

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 361



tir de esas base se están desarrollando multitud de investigaciones aplicadas. Respecto de todas ellas deben los poderes públicos asumir el compromiso recogido en el art. 44.2 CE, de *promoción de la investigación científica y técnicas en beneficio del interés general,* aunque sin olvidar, que el soporte de la investigación científica y técnica es la libertad de investigación que el art. 21 CE recoge como derecho fundamental.

Esa tarea de promoción, teniendo en cuenta el reparto competencial establecido en los artículos 148 y 149 CE se distribuye de forma que la materia «*queda o puede quedar, en principio, a la plena disponibilidad de una pluralidad de Centros decisores, es decir, a la disponibilidad del Estado y a la de todas las Comunidades Autónomas*», tal y como interpretó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 90/1992. Ello en tanto existe un pleno paralelismo entre el art. 149.1.15, que atribuye al Estado la competencia exclusiva de fomento y coordinación general en materia de investigación científica y técnica, y las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido en sus estatutos con base en el artículo 148.1.17, que permite a las comunidades autónomas asumir competencias en materia de *fomento de la investigación*[44].

Expresamente admitió el Tribunal Constitucional que las competencias autonómicas alcanzaban no sólo el mero apoyo, estímulo o el otorgamiento de ayudas económicas y recompensas honoríficas, sino también acciones directas, como «*la creación y dotación de Centros y Organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras*» y cualesquiera medidas de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y centros dedicados al desarrollo y divulgación de las tareas investigadoras. Y precisa que es justamente la concurrencia de competencias en esta materia, la que justifica y explica la competencia de *coordinación general* que con carácter genérico se atribuye en materia de investigación al Estado. En este sentido, además, entronca con la doctrina que la jurisprudencia constitucional había venido desarrollando sobre el significado y la operatividad de la competencia estatal de coordinación[45] y recuerda que «*la competencia estatal de coordinación no puede llegar a tal grado de concreción y desarrollo que deje vacías de contenido a las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas*», porque lo pretendido es integrar la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto.

---

[44] Así, en el art. 9 del Estatuto de Cataluña, o el art.10.16º del Estatuto del País Vasco, entre otros. Véanse también, además de los respectivos Estatutos de Autonomía, la Ley 12/1993, de Galicia, de Fomento de Investigación y de Desarrollo Tecnológico, La Ley 7/1997, de Investigación y Desarrollo tecnológico de la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2001 de Promoción y Desarrollo de la Investigación Científica y la Innovación de Canarias, La Ley 7/1997 de Investigación y Desarrollo Tecnológico de Baleares, La Ley 3/1998 de Investigación y desarrollo Desarrollo Tecnológico de la Rioja, La ley 5/19987, de Fomento de la Investigación Científica y la Innovación Tecnológica en la Comunidad de Madrid y la Ley 4/1999 de Investigación y Ciencia de Castilla y León.

[45] Cita expresamente las SSTC 32/1983, como punto inicial, y la 45/1991, que resume de forma sistemática esa doctrina.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 362



No obstante, en las últimas líneas de este Fundamento jurídico 2º, advierte que, sentadas esas premisas, cabe un margen de apreciación y decisión muy amplio en la determinación de los medios, cauces y fórmulas que haya n de contribuir a la integración. A este respecto entiende el Tribunal Constitucional que ese amplio margen de apreciación y decisión es algo que, en principio, corresponde sólo al titular de la competencia de coordinación que, como se ha venido diciendo, es el Estado. Veamos pues, cómo ha ejercido esa coordinación en la Ley 45/2003.

### B) EL DEBATE COMPETENCIAL EN TORNO A LA LEY 45/2003 Y LA LEY ANDALUZA 7/2003

La cuestión de fondo, sobre la cual hubiera sido interesantísmo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es si las Comunidades Autónomas tienen o no tienen capacidad de intervenir en los ámbitos que la Ley 45/2003 asigna al CENTMER y al Banco Nacional de Líneas Celulares, pero no sólo representadas a través de cierta representación en esos centros (algo que ya se ha previsto), sino bien con unidades propias creadas en el ejercicio de su potestad organizativa o, en su caso, con unidades autorizadas.

La Ley andaluza establece que los proyectos de investigación con preembriones sobrantes deben contar con una autorización otorgada por el *Comité de Investigación con Preembriones humanos*, un órgano colegiado que, como precisa el art. 6 de la Ley 7/2003, está adscrito a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. Mediante un decreto de diciembre de 2003, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía reguló la organización, composición y funcionamiento de este comité, junto con el procedimiento por el que se autorizaban los proyectos y los centros de investigación con preembriones sobrantes[46].

La ley 45/2003, por su parte, crea en su disposición adicional única el Centro Nacional de Transplantes y Medicina Regenerativa, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo. Por cuanto respecta a la investigación y experimentación con embriones nos interesa especialmente el apartado c) de la lista de fines generales de este centro: «*Promover y coordinar la investigación con tejidos y células de origen humano, de acuerdo con la legislación vigente y los convenios internacionales firmados en materia de biomedicina*». Al efecto, siguiendo la disposición final segunda, todos los centros deberán poner a disposición del CENTMER los preembriones o embriones in vitro que, siguiendo las indicaciones de la propia ley, estén en situación de ser descongelados a los efectos de obtener de ellos estructuras biológicos destinadas a la investigación.

Indica la Ley que el CENTMER contará con un Banco Nacional de Líneas celulares que se encargará de la «*elaboración, almacenamiento, con-*

[46] Decreto 364/2003, de 22 de diciembre, *por el que se regula la organización, composición y funcionamiento de este comité, junto con el procedimiento por el que se autorizaban los proyectos y los centros de investigación con preembriones sobrantes*, BOJA nº 251, de 31 de diciembre de 2003.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 363



*servación y gestión de líneas celulares de diverso tipo*» y con una Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos. De ésta última nos interesa especialmente que viene a sustituir la Comisión Nacional de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, prevista en la Ley 42/1988.

Las previsiones de la norma estatal suscitaron, como tendremos ocasión de detallar, numerosos recelos en su tramitación parlamentaria. Aunque, a juicio del representante del grupo popular –entonces en el gobierno–, la existencia del CENTMER, de la Comisión de Seguimiento y de un Banco Nacional de Células y Tejidos no puede entenderse como un lastre para el desarrollo de la investigación en cada autonomía, porque su intención, como la de Centros similares en Reino Unido o en Japón, no es monopolizar, sino «*repartir juego y promover el trabajo en red*», garantizando la seguridad o el control en el correcto uso de los embriones, por la especial sensibilidad ética de estas investigaciones.

Ese reparto de juego, sin embargo, no parecía muy factible cuando a los centros de TRA que almacenan embriones destinados a la reproducción y posteriormente los implantan, se les obliga a enviar al Centro Nacional (inicialmente en Madrid, pero con sedes previstas en Cataluña y Valencia) los embriones sobrantes para que allí los descongelen y obtengan estructuras biológicas. El Real Decreto176/2004, de 30 de enero, agudizó el recelo, una vez precisó las funciones del CENTMER en esta materia. Así, además de determinar y aplicar los procedimientos de descongelación, se atribuye al CENTMER la determinación de los requisitos básicos para la autorización y acreditación de los centros y equipos que investiguen con estructuras procedentes de los preembriones o la asignación de los preembriones a cada uno de los proyectos de investigación. Estos y otros apartados fueron denunciados por el ejecutivo andaluz, por cuanto las competencias de investigación de las Comunidades Autónomas se relegaban a una mera presencia representativa en el CENTMER.

### C) EL POSIBLE ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN LA INVESTIGACIÓN CON PREEMBRIONES HUMANOS SOBRANTES: POSTURAS PRESENTADAS POSTURAS DEFENDIDAS EN EL CONGRESO

Como puede comprobarse en el Diario de Sesiones del Congreso, las competencias de las Comunidades Autónomas fueron uno de los temas centrales en las enmiendas que los distintos grupos plantearon a la Ley 45/2003[47] y finalmente se admitieron diez de las 66 enmiendas presentadas, precisamente, en palabras del portavoz del grupo popular, con un criterio de «*cohesión, colaboración y cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas a la hora de llevar a cabo los aspectos que*

[47] Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 7 de octubre de 2003., págs. 26394 y siguientes, y de 16 de octubre de 2003, 15102 y ss.

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 364



*contempla esta Ley*». No obstante esa colaboración y cooperación se redujo a la admisión de que las Comunidades Autónomas estuvieran representadas en el CENTMER.

Analizando las críticas de otros grupos parlamentarios en materia de competencia, pueden extractarse algunas reflexiones interesantes. La portavoz del grupo parlamentario vasco recordó que su formación política pretendía que las administraciones sanitarias pudieran crear, al amparo de sus competencias, centros autonómicos para la coordinación y gestión de la política de transplantes, tejidos y células de origen humano en sus ámbitos territoriales y, consiguientemente, les parecían insuficientes las tareas que se les asignaban en materia de investigación con células troncales embrionarias. Lo ideal, a su juicio, hubiera sido que las comunidades autónomas dispusieran de centros de las características del CENTMER, aunque fueran de tamaño más reducido y, en todo caso, debidamente coordinados, puesto que, a su modo de ver, la Ley 45/2003, en comparación con lo que hubiera podido ser, avanza muy poco en lo científico y apenas nada –o, incluso retrocede– en los autonómico. A este respecto hubiera podido hacerse referencia a la importante descentralización que se ha desarrollado en temas de reproducción asistida o de transplantes y órganos.

En esta línea, pero con más contundencia, se expresó el Grupo Catalán, afirmando que la disposición que define la creación del CENTMER es «*regresiva, centralista, excluyente y vergonzante*» y pasa por alto la trayectoria, el compromiso y la seriedad que han demostrado las Comunidades Autónomas en materia de investigación biomédica. Defendían en coherencia la supresión de esta disposición por menoscabo de las competencias que en materia de investigación han asumido las Comunidades Autónomas (148.1.17ª), y advirtiendo que, en otro caso, acudirían, de ser necesario, ante el Tribunal Constitucional. Entendían además, que la creación del CENTMER ponía en cuestión las funciones autonómicas de acreditación de centros, servicios y equipos biomédicos relacionados con la donación y utilización de embriones o fetos y las competencias de aprobación de proyectos de investigación al amparo de la Ley 42/1988, afectando al bloque de constitucionalidad en materia de sanidad interior.

Ciertamente la participación (reducida a la mera representación) de las Comunidades Autónomas en el CENTMER les concedía un papel que, a juicio del grupo socialista –entonces en la oposición– pudiera suponer aun freno para las comunidades que, como la andaluza, estaban dando pasos muy significativos en materia de investigación con células madre. La Ley no establecía ni establece un marco general de cooperación institucional con los centros y autonomías, pero este grupo presentó una propuesta en ese sentido. No veía inconveniente en que las Comunidades Autónomas pudieran tener centros coordinados con el nuevo centro nacional, el CENTMER. Es más, expresa que universidades, organismos públicos de investigación y centros de reproducción asistida deberían poder llevar a cabo no sólo las investigaciones con las líneas celulares em-

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 365



brionarias, sino, con el visto bueno del centro nacional, proceder ellos mismos a descongelar los embriones y obtener las células.

## IV. SITUACIÓN ACTUAL Y PANORAMA DE FUTURO

Ante la situación descrita, entendemos que el desistimiento de los recursos no puede interpretarse como una conformidad del gobierno central ni de las comunidades autónomas con la legislación vigente. Queremos creer que ese desistimiento es muestra de un claro deseo de reparar el conflicto por una vía más adecuada que la del Tribunal Constitucional, es decir, una reforma más amplia de la Legislación sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Ha quedado patente la necesidad de regular con claridad el Estatuto del embrión viable a los efectos de su utilización en la investigación. La Constitución Española, en interpretación del Tribunal Constitucional, y el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina establecen el marco que no puede superarse y compete ahora al legislador ordinario determinar hasta dónde y cómo puede investigarse con los embriones sobrantes. Como ya se ha fundamentado oportunamente, entendemos que la competencia en esa materia corresponde exclusivamente al Estado.

Una vez fijado el estatuto del objeto de las investigaciones, corresponde ahora contemplar los instrumentos de fomento y gestión de la investigación con embriones sobrantes. A nuestro juicio, el organigrama estatal y el andaluz no son compatibles, y debe contarse además con la posibilidad de que otras comunidades autónomas legislen en esta materia. La retirada de los recursos y el Real Decreto 2132/ 2004, de 29 de octubre han venido a suavizar ligeramente la situación. Este último deroga los apartados más polémicos del Real Decreto 176/2004 y se ha creado un Convenio de colaboración entre el gobierno y el ejecutivo andaluz. Pero la situación sigue siendo compleja e insegura.

Así, aún no ha sido eliminada la división que la Ley 45/2003 establece entre embriones sobrantes anteriores a su publicación, con cuyas células en casos excepcionales se puede investigar, y embriones sobrantes posteriores a esa fecha, respecto de los cuáles la Ley sólo parece esperar que sean los menos posibles. Tampoco se ha solucionado la diferencia cualitativa del ámbito de investigación que la Ley andaluza concede a los investigadores de su territorio, que no se limita a las líneas celulares que les asigne el CENTMER.

Sí que en cuanto a la polémica creación del CENTMER, debe destacarse que se han suavizado algunos de sus cometidos. La Disposición Adicional quinta del RD 2132/2004 deroga la orden de puesta a disposición inmediata del CENTMER de todos los embriones sobrantes, aunque la Ley, ahora mismo sin plazo, sigue recogiendo esa orden. Se flexibilizan además algunas de las funciones que, en ejercicio de las competencias reconocidas al Estado en la Ley 45/2003, se atribuían en exclusiva al CENTMER. Respecto de la custodia de los embriones sobrantes se dice que el Banco Nacional

11345-366-Estado autonómico50 14/10/05 16:47 Página 366



de Líneas Celulares tendrá una estructura en red, sin más detalle. Y han quedado suprimidas del Estatuto del CENTMER las funciones de 1) determinación, y aplicación en su caso, de los procedimientos de descongelación de los embriones; 2) la evaluación de los proyectos de investigación que pretendan emplear material biológico (por ejemplo células) procedentes de los embriones, y 3) la asignación de los preembriones a cada uno de los proyectos de investigación autorizados. Quedamos, pues, a la espera de cómo debe procederse en ese sentido, lo cual entre tanto demora el buen curso de las investigaciones. Pero, en cualquier caso, sí se mantiene, en ejercicio de la función de coordinación que compete al Estado y como garantía para los embriones, que todas las autorizaciones para este tipo de investigación pasen un trámite a través del CENTMER.

Faltan también concretar otros extremos, porque no dice qué autoridad sanitaria es la encargada de otorgar la autorización (dice este RD 2132/2004 en su articulo 3º que «la que corresponda»), pero, no obstante, sí así, se exige que todos los proyectos de investigación que se desarrollen con preembriones humanos sobrantes obtengan un informe preceptivo de la *Comisión de seguimiento y control de la donación y utilización de células y tejidos humanos*, dependiente del CENTMER. Por otra parte, en la Disposición Adicional única, establece que el Banco Nacional de Líneas Celulares se organizará mediante una estructura en Red, estando su registro central en la sede física del Ministerio de Sanidad y Consumo.

De momento la situación esta en calma, pero todas estas instituciones y las competencias que se les atribuyen chocan de pleno con las previstas en la normativa andaluza, por lo que ha sido necesario establecer un convenio entre ambos ejecutivos. Pero, ¿qué pasará si la relación política se deteriora o si alguna comunidad autónoma legisla en otro sentido? Es decir, si decide ampliar el margen de investigación con embriones o restringirlo totalmente, o si decide crear un nuevo organigrama de fomento de estas investigaciones en su ámbito territorial. Esta situación es excesivamente insegura para los investigadores y perjudica de forma importante los avances biomédicos. Esperamos, pues, que esa nueva y pronta legislación sobre esta materia proteja adecuadamente a los embriones, establezca un marco claro para el legítimo ejercicio del derecho a la investigación y coordine la investigación biomédica respetando las competencias autonómicas.

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 367

# EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONTRAVENCIÓN POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PACIENTES

**Sergio Romeo Malanda**
*Investigador de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU.*

## INTRODUCCIÓN

En materia de derechos de los pacientes y usuarios de los servicios de salud, en tiempos recientes ha comenzado a aprobarse un importante número de leyes autonómicas que se ocupan de esta cuestión[1]. Así, para comprobar los derechos de estos sujetos en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, el primer impulso puede ser acudir a su legislación específica.

Sin embargo, no podemos olvidar que existe una Ley estatal que se ocupa esta misma materia y que tiene el carácter de básica, esto es, es de aplicación obligada por todas las Comunidades Autónomas, las cuales podrán completarla en aquellos aspectos sobre los que ésta no se pronuncia o requiere un desarrollo, pero no pueden contradecirla. En concreto, me refiero a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. De esta forma, no puede hacerse un análisis independiente de cada una de la legislaciones autonómicas sin tener el cuenta la Ley estatal y sin poner de relieve la relación existente entre las mismas y los efectos de una eventual contravención de ésta por parte de la regulación autonómica.

---

[1] Algunas de estas leyes autonómicas son las siguientes (por orden de antigüedad en su aprobación): a) Ley 11/1994, de 26 de julio (Canarias), de Ordenación Sanitaria; b) Ley 2/1998, de 15 de junio (Andalucía), de normas reguladoras de la Salud; c) Ley 8/2000, de 30 de noviembre (Castilla-La Mancha), de Ordenación Sanitaria; d) Ley 21/2000, de 29 de diciembre (Cataluña), sobre derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica; e) Ley 3/2001, de 28 de mayo (Galicia), reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; f) Ley 10/2001, de 28 de junio (Extremadura), de Salud; g) Ley 12/2001, de 21 de diciembre (Comunidad de Madrid), de Ordenación Sanitaria; h) Ley 6/2002, de 15 de abril (Aragón), de Salud; i) Ley 2/2002, de 17 de abril (La Rioja), de Salud; j) Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (Navarra), sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas y a la documentación clínica; k) Ley 7/2002, de 10 de diciembre (Cantabria), de Ordenación Sanitaria; l) Ley 7/2002, de 12 de diciembre (País Vasco), de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; m) Ley 1/2003, de 28 de enero (Comunidad Valenciana), de derechos e información al paciente; n) Ley 5/2003, de 4 de abril (Islas Baleares), de Salud; ñ) Ley 8/2003, de 8 de abril (Castilla y León), sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 368



Así pues, en el presente trabajo me ocuparé de los tres aspectos siguientes: a) el carácter «básico» de la Ley estatal: efectos y legitimidad competencial; b) análisis de alguno de los derechos de los pacientes más relevantes contenidos en la Ley estatal y en las leyes autonómicas, poniendo de manifiesto alguna de sus diferencias más significativas; y c) los efectos prácticos que conlleva el incumplimiento de las disposiciones consideradas «básicas» de una Ley estatal por parte de las Comunidades Autónomas.

## CARÁCTER BÁSICO DE LA LEY BÁSICA 41/2002: EFECTOS Y LEGITIMIDAD COMPETENCIAL

La Constitución y los Estatutos de Autonomía recogen una serie de materias en las que la regulación jurídica básica se atribuye al Estado, mientras que su desarrollo normativo y ejecución son atribuidos a las Comunidades Autónomas. En este marco, la legislación completa sobre una materia se nutre de normas de dos ordenamientos distintos: el estatal, que establece las bases de la ordenación; y el autonómico, que desarrollando esas báses completa dicha ordenación[2].

Como afirman las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 44/1982, de 8 de julio, 25/1983, de 7 de abril o 68/1992, de 30 de abril, «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un *común denominador normativo,* a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridaes que le convengan».

Según la Disposición Adicional Primera de la Ley Básica 41/2002, «*esta Ley tiene la condición de básica*». Esta condición asegura a todos los ciudadanos del Estado las mismas garantías, evitando así un sinfín de legislaciones divergentes en una cuestión de tanta trascendencia como la regulada en esta Ley[3]. No obstante, también es cierto que ello reduce la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas. Por ello, a lo largo del trámite parlamentario de la Ley, algunos grupos (Grupo Parlamentario Vasco y Grupo Parlamentario Catalán) defendieron insistentemente la no consideración como básica de todo el texto de la Ley, sino únicamente de algunos de sus preceptos, lo cual no fue aceptado finalmente por la mayoría parlamentaria.

Así pues, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar aquellos ámbitos que señala la norma básica y completar, de acuerdo con ella, los que no tengan una regulación específica, pero no podrán legislar en contra de la regulación estatal, que se impone en todo el territorio para

---

[2] Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo. I,* 13ª edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y s.

[3] Así también, Ricardo de Lorenzo y Montero, *Derechos y obligaciones de los pacientes,* Colex, Madrid, 2003, p. 17.

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 369



garantizar la igualdad del servicio sanitario a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia[4].

Otra cosa es que el Estado se haya extralimitado en sus competencias regulando ciertas material de la ley con una amplitud tal que prácticamente deja vacía de contenido la correlativa competencia de desarrollo que corresponde a las Comunidades Autónomas, tal y como puede suceder en relación con la historía clínica[5].

En esta misma Disposición Adicional se señala que la condición de Ley Básica tiene su legitimación en el art. 149.1, apartados 1º y 16º de la Constitución. Según este precepto, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: a) 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 (apartado 1); y b) Bases y coordinación general de la sanidad (apartado 16).

El art. 149.1.1º CE se configura como una competencia genérica, no limitada a un sector concreto de la realidad social, lo que le otorga un carácter horizontal con proyección sobre las demás competencias en que interviene o puede quedar afectado un derecho o deber constitucional[6]. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional no parece otorgar a esta competencia un valor propio e independiente, como cualquier otro título sectorial del Estado, sino que suele utilizarse normalmente, bien con la idea de «límite» frente al ejercicio de las competencias autonómicas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre y 87/1985, de 16 de julio), bien como competencia que «complementa» los efectos de otra competencia específica estatal aplicable al caso (SSTC 32/1983, de 28 de abril y 64/1989, de 6 de abril) [7].

No se alude, sin embargo, a la competencia contenida en el apartado 8 de este mismo art. 149.1 CE, relativa a la legislación civil, la cual podría ser alegada, en principio, en cuanto que ciertas disposiciones de la Ley ha-

---

[4] *Vid.* no obstante, Mª Ángeles PARRA LUCÁN, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, nº 2 (2003), pp. 20 y ss., y 34 y ss., donde se trata la cuestión de la verdadera naturaleza de la legislación autonómica en cuestiones de consentimiento (¿desarrollo de una ley básica o competencia propia (en *Comunidades Autónomas con competencia para legislar en Derecho civil*)?).

[5] Cfr. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 538. A este respecto, las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 35/1982, de 14 de julio, o 95/1986, de 10 de julio, afirman que el establecimiento de las bases «no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad».

[6] Antoni BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el Estado autonómico*, Tecnos-Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992, p. 141.

[7] *Vid.* Luis LÓPEZ GUERRA, «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE», en Alberto PÉREZ CALVO (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, pp. 88 y ss. Hay que advertir, sin embargo, que esta planteamiento puede quedar relativizado por algunas declaraciones del propio Tribunal Constitucional, que, dentro de ciertos límites, no cierran la posibilidad de conceder al art. 149.1.1º CE, un valor operativo propio, que permita penetrar en ámbitos competenciales sectoriales que ya no son competencia del Estado, pero en los que puedan quedar afectados derechos fundamentales. *Vid.* a este respecto, BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, pp. 146 y ss.

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 370



cen referencia a la capacidad de las personas y a las instituciones de guarda y protección previstas para quienes no gozan de plena capacidad, y que, por lo tanto, son de Derecho civil. Por ello, al entenderse que las competencias que legitiman esta Ley básica son las mencionadas y no la contenida en el apartado 8 del art. 149.1 CE, las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en esta materia no se presentan como normas relativas a la capacidad de las personas (en consencuencia, la Ley 41/2002 no es una ley de carácter civil)[8], sino como regulación de los derechos del paciente y, sobre todo, de los deberes de quienes prestan la asistencia sanitaria, tal y como claramente establece el art. 1 de la Ley Básica 41/2002. Ello supone también que ni siquiera las Comunidades Autónomas con competencia sobre Derecho civil estarían legitimadas para dictar normas en esta materia que no sean de desarrollo de la legislación estatal.

Al establecerse de esta forma, los derechos de los pacientes (y correlativamente, los deberes del personal sanitario), se garantiza la igualdad de derechos de todos los ciudadanos en el ámbito sanitario y se facilita en gran medida la labor de los profesionales, los cuales no deben atenerse a diferentes reglas, sobre todo en aquellas cuestiones más relevantes (como es el alcance de la información y las reglas del consentimiento), dependiendo de cuál sea el lugar en el que estén prestando sus servicios.

## LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA LEY BÁSICA 41/2002 Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

De acuerdo con lo expuesto, los derechos de los pacientes están contenidos con carácter general en la Ley Básica 41/2002. Las leyes autonómicas deben reconocerlos y, en su caso, desarrollarlos, no pudiendo regular la materia contenida en la ley estatal de forma diferente a lo dispuesto en la misma.

En la actualidad, varias Comunidades Autónomas disponen de un legislación que recoge, de forma más o menos extensa, los derechos de los pacientes[9]. Un análisis de dicha legislación pone de manifiesto que en general, las leyes autonómicas no hacen más que reproducir lo establecido en la Ley Básica 41/2002 y, en su caso, desarrollarla (especialmente, en materia de instrucciones previas), aunque, como diremos a continuación, tambien pueden contener disposiciones contrarias a la misma. La cuestión que quiero resaltar aquí, es que desde un punto de vista de técnica legislativa, no es nada ortodoxo constitucionalmente hablando, reproducir en las leyes autonómicas aspectos básicos de una materia previamente regulados por el legislador estatal[10], es decir, las leyes autonómicas que se ocupan de la materia regulada en la Ley Básica 41/2002, tienen capacidad para *desarrollar* la

[8] Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 113.

[9] *Vid.* nota 1.

[10] Jiménez Asensio, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, p. 239.

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 371



misma pero no para regular (aunque sea de la misma manera) aquellas cuestiones contenidas en la misma y consideradas básicas por ésta.

Los pacientes poseen, de acuerdo con la legislación española, un importante número de derechos. Algunos de ellos se contienen en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (arts. 10 y 11), pero los más relevantes están contenidos en la Ley Básica 41/2002[11]. En esencia, son los siguientes: a) Derecho a la información clínica; b) Respeto de la autonomía del paciente: el consentimiento informado; c) Derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos sanitarios; d) Derecho a emitir instrucciones previas (voluntades anticipadas); d) Derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso (Historia Clínica); e) Derecho a causar Alta Voluntaria en todo momento tras firmar el documento correspondiente.

No es posible en este trabajo hacer un analisis comparativo exhaustivo de todos los derechos y deberes de los pacientes en todas las legislaciones autonómicas. Por ello, me referiré únicamente a aquellos aspectos que considero más relevantes, teniendo en cuenta las normas autonómicas más significativas.

El art. 9.3 de la Ley Básica 41/2002 se dedica a regular diversos supuestos de otorgamiento del consentimiento por parte del los representantes legales del afectado y por parte de otras personas vinculadas con el paciente sin que tengan un poder de representación (por esta razón no es totalmente correcta hablar de «consentimiento por representación», siendo mejor emplear la formulación «consentimiento por sustitución»). Este precepto se ocupa de tres supuesto diferentes: los incapaces de hecho, los incapacitados legalmente y los menores de edad. Aquí me ocuparé únicamente de este último grupo por ser el que presenta mayores diferencias en las distintas legislaciones autonómicas con respecto a los establecido en la Ley Básica estatal.

En términos generales, de acuerdo con el art. 9.3.c) de la Ley Básica 41/2002, los menores de edad pueden prestar por sí mismos un consentimiento válido para someterse a un acto médico siempre que sean capaces intelectual y emocionalmente para comprender el carácter de la intervención. Sólo en caso contrario el consentimiento se prestará por el representante legal del menor, al que se debe escuchar siempre si tiene doce años cumplidos. Además, la Ley presupone que si tiene dieciséis años cumplidos o está emancipado, el sujeto tiene capacidad de entener y querer, pues excluye expresamente la prestación del consentimiento por sustitución. Este mismo criterio se sigue en los arts. 7 de la Ley 21/2000 (Cataluña), 14.1.c) de la Ley 6/2002 (Aragón) o 5.1 de la Ley 8/2003 (Castilla y León), según el cual «*toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo*

[11] *Vid.* Sergio Romeo Malanda, «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», *La Ley*, 2003-1, pp. 1522 y ss.

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 372



*anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente*». En este sentido, según el art. 28.3 de la misma Ley, «*cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, se otorgará el consentimiento por representación. En este caso, el contenido lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación (...)*»

También en esta línea, aunque el precepto presenta mayores problemas de interpretación, parece expresarse el art. 4.2 de la Ley 8/2000 (Castilla-La Mancha), a tenor de la cual «*la opinión del menor será tomada en consideración, en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil. Cuando exista disparidad de criterios entre quienes actúen como representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial (...)*». Para entenderlo compatible con la Ley Básica 41/2002 habría que entender en este artículo se alude a dos cuestiones diferentes: por una parte, la remisión al Código civil se hace al art. 162.II.1 CC, según el cual «*los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*». Así pues, la prestación del necesario consentimiento para someterse a cualquier tipo de acto médico corresponde exclusivamente al menor de edad si reúne las condiciones de madurez suficientes, pues no cabe duda alguna que la salud, la vida o la integridad personal entran en el campo de los derechos de la personalidad y éstos no son transferibles ni representables siempre que el menor esté en posesión de un grado de madurez suficiente como para resolver la situación[12]. Por su parte, la segunda parte del mencionado precepto (referida a la disparidad de criterios) se refiere únicamente a los casos en los que los representantes legales deben tomar la decisión sustituyendo la del paciente menor por no tener éste capacidad suficiente de juicio.

También debe interpretarse en este mismo sentido, aunque la redacción del precepto haga aún más complicada la interpretación, el art. 12.6 de la Ley 5/2003 (Islas Baleares), según el cual, «*respecto a los menores de edad, el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o curadores que ostenten la representación legal. La opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez,*

[12] Julio César Galán Cortés, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, p. 33; Luis González Morán, «El artículo 162-1º del Código Civil y el derecho del menor a la salud», en José Manuel González Porras (ed.), *La tutela de los derechos del menor*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, pp. 219 y ss.

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 373



*de acuerdo con lo que establecen la leyes civiles. Cuando haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial*».

En otros casos, la autonomía del menor se ve claramente reducida. Así, por ejemplo, el art. 7.3 de la Ley 1/2003 (Comunidad Valenciana), si bien dispone que «*en el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años*», sin embargo añade: «*También deberá informarse plenamente a los padres o tutores, que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores*». Y posteriormente, en el art. 9 establece lo siguiente: «*El consentimiento informado se otorgará por sustitución en los siguientes supuestos: (...) 2. Cuando el paciente sea menor de edad o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal, el cual deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona menor o incapacitada por él tutelada. En el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. No obstante, cuando se trate de un menor y, a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad*».

En términos similares se pronuncia la Ley 7/2002 (Cantabría), en cuyo art. 31.1 se establece que «*el consentimiento será otorgado en régimen de representación en los siguientes casos: (...) c) Cuando el usuario sea menor de edad, en cuyo caso el consentimiento lo prestará su representante, en los términos previstos en el artículo siguiente*», que únicamente dispone que «*los menores serán consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez, y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada*».

Por su parte, el art. 6 de la Ley 3/2002 (Galicia) establece que «*son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las siguientes: (...) b) Cuando el paciente sea un menor de edad o incapacitado legal, el derecho corresponde a su padre, madre o representante legal, que deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y de la constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del menor o incapaz. El menor de edad o incapacitado legal debe intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Cuando el médico responsable considere que el menor o incapacitado legal reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su edad, formación o capacidad, además de a su padre, madre o representante legal, que deberá firmar el consentimiento. La opinión del menor o incapaz será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez o capacidad*».

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 374



De igual modo, la Ley Foral 11/2002 (Navarra), establece en su art. 8.2 lo siguiente: «*Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución: (...) b) En los casos de incapacidad legal, de personas internadas por trastornos psíquicos y de menores, el consentimiento debe darlo quien tenga la tutela o curatela. Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años*». De este precepto se desprende que los menores maduros de edad inferior a los dieciséis años o no emancipados no podrían prestar consentimiento válido aunque se tratara de menores maduros, disposición que contradice abiertamente lo establecido en la Ley básica estatal. También de acuerdo con el art 6.4 Ley 2/2002 (La Rioja): «*a) El usuario menor de 16 años con madurez emocional suficiente debe ser consultado por el médico o equipo médico sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud, con el fin de que su opinión sea considerada y ponderada en atención a su edad y madurez; b) En todo caso el consentimiento informado deberán prestarlo, en los supuestos y forma establecidos en esta Ley, los representantes legales del menor*».

Otra de las cuestiones novedosas de la Ley Básica 41/2002 es la relativa a las voluntades anticipadas, cuestión regulada en el art. 11 bajo el nombre de «instrucciones previas»[13]. Según el apartado primero del mencionado art. 11, «*por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en el que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo*».

Esta cuestión, que ha sido regulada también por la Comunidades Autónomas en sus respectivas legislaciones, no encuentra una regulación unánime, especialmente en lo referente a la capacidad para emitir dichas instrucciones. Así, poseen una legislación acorde con lo fijado en la Ley básica 41/2002, los arts. 8.1 de la Ley 21/2000 (Cataluña), que se refiere a la «*persona mayor de edad, con capacidad suficiente*», 5.1 de la Ley 3/2001 (Galicia), 28.1 de la Ley 12/2001 (Comunidad de Madrid), 11.5.a) de la Ley 10/2001 (Extremadura), 15.1 de la Ley 6/2002 (Aragón), 6.5.a) de la Ley 2/2002 (La Rioja), 2 de la Ley 7/2002 (País Vasco), 34 de la Ley 7/2002 (Cantabria), 30 de la Ley 8/2003 (Castilla y León).

En cambio, el art. 9.1 de la Ley Foral 11/2002 (Navarra), ser refiere a «*una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral*». En sentido parecido se pronuncia el art.

[13] El Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés propuso su modificación por el de «voluntades anticipadas», propuesta que no fue aceptada. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie III A: Proposiciones de Ley del Senado, 19 de septiembre de 2002, enmienda número 21, p. 31.

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 375



17 de la Ley 1/2003 (Comunidad Valenciana), que permite formular su voluntad anticipada a «*la persona mayor de edad o menor emancipada*».

## EFECTOS DE LA CONTRAVENCIÓN DE SUS DISPOSICIONES POR PARTE DE LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Hasta aquí he puesto de manifiesto dos cuestiones. Por un lado, he señalado que la legislación autonómica que regula los derechos y los deberes de los pacientes no puede analizarse desconociendo lo que establece la Ley Básica 41/2002, puesto que dicha naturaleza obliga a las Comunidades Autónomas a tenerla en cuenta a la hora de regular por sí mismas esta materia. De esta forma, las leyes autonómicas pueden completar y desarrollar la materia contemplada en la Ley Básica 41/2002, pero no podrán contradecir lo establecido en la misma.

Por otro lado, he analizado brevemente algunos de los derechos más relevantes de los pacientes, tanto en la ley estatal como en las más relevantes normativas autonómicas, poniendo de manifiesto cómo las diferencias pueden llegar a ser muy significativas, planteándose un claro conflicto acerca de cuál debe ser la norma aplicable al caso concreto. Mi interés en este punto no ha sido el de analizar de forma exhaustiva todas y cada una de las discordancias que se presentan entre la Ley básica estatal y las autonómicas, sino únicamente poner de relieve que esto sucede en ciertos casos, los señalados y otros que pueden extraerse de un analisis más detenido de dichas regulaciones.

En este último apartado haré referencia a los efectos jurídicos de tales discordancias, pues no cabe duda de que el sujeto destinatario de la norma puede tener serias dudas acerca de la normativa aplicable. Para ello, hay que diferenciar si la norma autonómica que no respeta lo establecido en la Ley Básica estatal es anterior o posterior a ésta:

a) Si la *norma autonómica es anterior a la Ley Básica 41/2002*, pierde, en virtud de las variaciones introducidas por la Ley Básica estatal, su eficacia, de modo que se produciría un «desplazamiento» de la norma autonómica antigua por la norma estatal actual[14], de tal forma que aquélla quedará inaplicada. En este sentido, señala la STC 32/1981, de 28 de julio, que «esta legislación de las Comunidades (...) puede quedar parcialmente invalidada por las normas básicas que, dentro de su competencia, establezca (...) el legislador estatal». En el mismo sentido se pronun-

[14] Eduardo García de Enterría/Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo. I*, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 308; Rafael Jiménez Asensio, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 312 y s.; Bayona Rocamora, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, p. 208 (quien exige que el juez, en función del contenido de las normas y de la jurisprudencia constitucional que haya podido dictarse, no tenga «duda alguna acerca de la constitucionalidad de la ley básica»); Javier Sánchez-Caro/Fernando Abellán, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Fundación Salud 2000, Granada, 2003, p. 2.

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 376



cia más recientemente, la STC 173/1998, de 23 de julio: «El art. 149.1.1 CE habilita, pues, al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles (...). La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico (...). Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas «condiciones básicas» uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación (autonómica) (...)». No obstante, en el caso de que se produzca esta colisión normativa, es posible que la Comunidad Autónoma entienda que ha existido un exceso en la fijación del contenido considerado básico por parte del legislador estatal, pudiéndose, en tal caso, someter el problema a la consideración del Tribunal Constitucional a través del planteamiento de un conflicto de competencias.

b) Por el contrario, si la *noma autónomica es posterior a la Ley Básica 41/2002*, tal disposición adolecería de inconstitucionalidad por regular una materia sobre la que carece de competencia[15]. Así lo ha señalado también el propio Tribunal Constitucional. Según se afirma en la STC 61/1993, de 18 de febrero, «en el juicio de constitucionalidad no se trata de valorar la posibilidad de remediar la supresión de la previsión contenida en la norma estatal mediante la aplicación directa de ésta sino la existencia de una antinomia entre la norma básica estatal y la norma autonómica, que en caso de existir ha de ser corregida y reparada por este Tribunal, mediante la declaración de inconstitucionalidad (...)». También en otras sentencias se recoge la idea de la inconstitucionalidad de naturaleza mediata o indirecta cuando no deriva de una contradicción frontal con la Constitución, sino de no adaptarse el legislador autonómico a las previsiones de una Ley básica. En este sentido se pronuncian la SSTC 60/1993, de 18 de febrero y 163/1995, de 8 de noviembre. Según esta últi-

[15] Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 327; Manuel-Jesús Dolz Lago, «¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?», *La Ley*, 21 de marzo de 2003, pp. 1 y ss.

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 377



ma, «la inconstitucionalidad que se denuncia, de llegarse a apreciar, dimanará de la infracción por la ley autonómica del orden constitucional de distribución de competencias, si bien esta infracción será mediata o indirecta, por cuanto la mediación de la ley dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la materia corresponde al Estado (...), permite mantener que la norma autonómica que contradice la Ley básica –material y formal– invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias». No obstante, el juez ordinario no puede por sí mismo inaplicar una ley autonómica que (presuntamente) vulnere la legislación básica, sino que esta operación es única y exclusivamente de control de constitucionalidad y, en consencuencia, es el Tribunal Constitucional quien tiene el monopolio de tal control[16]. Ello supone que, en tanto que dicha regulación no sea expulsada del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto a dicho efecto (arts. 62-67 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –LOTC–), ésta será de aplicación, teniendo en cuenta que «si el conflicto hubiere sido entablado por el Gobierno (...), su formalización comunicada por el Tribunal suspenderá inmediatamente la vigencia de la disposición (...)» (art. 64.2 LOTC).

En el caso de plantearse dicho conflicto de competencias por parte del Estado, el Tribunal Constitucional analizará con caracter previo si la norma estatal que opera como canon en el control de constitucionalidad de la Ley autonómica tiene, en efecto, carácter básico[17]. En efecto, el hecho de que el legislador estatal califique de básica a una norma no supone que la misma deba necesariamente reputarse como tal, pues es imprescindible que la misma revista materialmente dicho carácter (SSTC, 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, de 22 de diciembre, 109/1998, de 21 de mayo).

Una clara exposición de esta concepción material de lo básico y de la consiguiente facultad de revisión constitucional se encuentra en la STC 13/1989, de 26 de enero: «A tal efecto es preciso partir de la doctrina que este Tribunal ha elaborado a través de numerosas decisiones acerca del concepto de «norma básica» y que recientemente se ha plasmado, entre otras, en las SSTC 69 y 80/1988, de 19 y 28 de abril; 182/1988, de 13 de octubre, y últimamente en la 248/1988, de 20 de diciembre. Conforme a lo recogido en el fundamento jurídico 4.º de esta última, «corresponde al legislador estatal definir lo básico observando estrictamente las prescripciones constitucionales y estatutarias, y a este Tribunal controlar en última

---

[16] JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 243 y 309; BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, pp. 207 y s., según el cual hay que «rechazar la posibilidad de que el juez ordinario pueda inaplicar una ley autonómica si entra en contradicción con una ley básica. El sólo riesgo de inaplicar una ley que pueda ser la constitucional es suficiente razón de fondo (...). La salida lógica –¿y única?– es, pues, el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad para respetar el monopolio que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional».

[17] *Vid.* JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 242 y s.

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 378



instancia dicha definición. (...) el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo –dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales– a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto. A la satisfacción de esta finalidad responde el concepto material de «norma básica», que impide considerar como tal cualquier precepto que en realidad no tenga ese carácter y vacíe de contenido o cercene las competencias autonómicas» (F. J. 3º).

Esta clara afirmación de la concepción material de lo básico es una apuesta decidida del Tribunal Constitucional por garantizar jurídicamente la integridad de la competencia autonómica de desarrollo normativo. Supone un esfuezo dogmático para asentar sólidamente los contornos de la potestad normativa autonómica, tutelado mediante la garantía jurisdiccional y beneficiaria de la inmediata efectividad del listado competencial, y, al mismo tiempo, por limitar la eventual discrecionalidad o arbitrariedad del legislador básico, al someter el ejercicio de la actividad legislativa al principio de justiciabilidad[18].

Ahora bien, junto a la noción material de las bases, se ha ido abriendo paso una concepción formal que no excluye, sino que complementa, la concepción material. Su formulación obedece a la acción de un doble principio[19]: a) en primer lugar, y fundamentalmente, al *principio de seguridad jurídica*, esto es, a la necesidad de dotar de certidumbre jurídica a la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas. Tal y como señala la ya mencionada STC 13/1989, de 26 de enero, «en la definición de lo básico deben observarse también las imprescindibles garantías de certidumbre jurídica, que permitan a las Comunidades Autónomas conocer con la mayor exactitud posible cuál es el marco normativo al que deben sujetarse en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación estatal básica. A esta segunda finalidad se orienta la exigencia de que las «bases» se regulen, en principio, por Ley formal y de que la propia Ley declare expresamente el alcance básico de todas o parte de sus normas o, al menos, permita inferir esta condición de las mismas sin especial dificultad. No obstante es admisible, como excepción, que el Gobierno de la Nación pueda regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia[20] cuando resultan complemento necesario para

---

[18] Enrique Arnaldo/Jordi de Juan, *El poder legislativo estatal en el Estado autonómico*, FAES, Madrid, 2003, pp. 94 y s.

[19] *Vid.* Arnaldo/de Juan, *El poder legislativo estatal en el Estado autonómico*, FAES, Madrid, 2003, pp. 95 y ss.

[20] Esta es precisamente la técnica que ha seguido el legislador español con la Ley General de Sanidad. Cfr. Pedro Pablo Mansilla Izquierdo, «La concepción de los básico desde la perspectiva de la Ley General de Sanidad», en Alberto Pérez Calvo (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, pp. 60 y s. Más ampliamente sobre esta cuestión, Jiménez Asensio, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 220 y ss.

11367-380-Estado autonómico51 14/10/05 16:54 Página 379



garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases (...)» (F. J. 3º); y b) en segundo término, al *principio democrático*, pues identificar formalmente lo básico es identificar el interés general necesitado de una regulación uniforme en todo el territorio nacional, y esta determinación debe realizarla el órgano de representación nacional o el órgano políticamente responsable ante ella.

Obviamente, esta identificación formal de la normativa básica no excluye ni prejuzga su justiciabilidad y, en definitiva, el control jurisdiccional que corresponde al Tribunal Constitucional para determinar si el segmento del ordenamiento calificado formalmente como básico lo es materialmente.

De esta forma, el problema sustantivo más importante que plantean las leyes básicas es la determinación de qué es lo básico, por cuanto sólo este contenido corresponde a la ley estatal, que no puede así invadir las competencias autonómicas para desarrollar normativamente el contenido no básico de la legislación de una materia (STC 13/1989, de 26 de enero). El Tribunal Constitucional ha indicado reiteradamente que «no es fácil determinar en cada caso concreto cuáles son las bases de una determinada materia (...) y hay que considerar imposible cualquier intento de relación apriorística» (entre otras, STC 25/1983, de 7 de abril). Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por una definición material de lo básico identificándolo con aquellas normas cuya aplicación debe extenderse a todo el Estado, estableciendo un común denominador normativo, por cuanto el interés general exige una uniformidad legislativa en los puntos esenciales de una concreta normativa (así, SSTC 25/1983, de 7 de abril, 248/1988, de 20 de diciembre, 197/1996, de 28 de noviembre, 50/1999, de 6 de abril)[21]. Es el propio Tribunal Constitucional el órgano encargado de controlar que el legislador estatal no se excede en el contenido de este «núcleo material de interés general» o «núcleo básico»[22].

A este respecto, se ha planteado la duda acerca de la constitucionalidad ya de la Ley Básica 41/2002, por otorgar dicho carácter a ciertas disposiciones, excediéndose de la atribución competencial fijada en la Constitución al Estado, al regular materias que son competencia de las Comunidades Autónomas. La determinación de esta circunstancia corresponde también, en exclusiva, al Tribunal Constitucional[23], que deberá resolver caso por caso (SSTC 102/1995, de 26 de junio y 156/1995, de 26 de octubre). Así, el Parlamento de Cataluña acordó el pasado 13 de febrero de 2003 la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 14.2; el artículo 17.4; el artículo 21, segundo inciso del apartado 1, y la Disposición Adicional primera de la Ley Básica 41/2002.

---

[21] *Vid.* no obstante, JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 234 y ss.

[22] *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, pp. 302 y ss.

[23] Según las SSTC 49/1988, de 22 de marzo; 69/1988, de 19 de abril; o 277/1988, de 29 de noviembre, en caso de impugnación, corresponde al Tribunal Constitucional «revisar la calificación hecha por el legislador y decidir en última instancia, si una norma es o no básica».

11367-380-Estado autonomico51 14/10/05 16:54 Página 380



Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Estado contra las leyes autonómicas, en este caso la vigencia de la disposición recurrida no queda suspendia de forma automática e inmediata, sino que deberá ser el órgano que formalice el conflicto el que solicite al Tribunal la adopción de esta medida, invocando perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 64.3 LOTC), lo cual no se ha producido en este caso.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 381

# IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SISTEMA ELECTORAL (A PROPÓSITO DE LA REFORMA DEL SENADO)

**Yolanda Fernández Vivas**
*Profesora Ayudante de Derecho Constitucional*
*Universidad de Alcalá de Henares*

La comunicación que aquí se presenta tiene por objeto el análisis del principio constitucional de igualdad de oportunidades de los partidos políticos y las exigencias que derivan de este principio para el sistema electoral. En el debate abierto tanto en el ámbito político como en el académico sobre la posible reforma del Senado, y más concretamente sobre su sistema electoral, es imprescindible tener en cuenta el citado principio de igualdad de oportunidades de los partidos políticos, principio esencial en todo Estado democrático, y en cuyo reconocimiento y desarrollo destaca la labor realizada por el Tribunal Constitucional alemán y la doctrina de aquél país.

## I. SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

En el continente europeo, la igualdad de oportunidades surge durante la República de Weimar, coincidiendo con la aparición del Estado social en Europa, y supone otra forma de entender el principio de igualdad diferente a la tradicional igualdad de trato.[1] En la igualdad de oportunidades, la igualdad se refiere a los presupuestos de hecho para el logro de determinados bienes materiales o inmateriales y obliga a los poderes públicos a procurar que esos presupuestos de hecho para lograr ciertos bienes, en lo que de ellos dependan, sean iguales para todos los interesados, admitiendo que para asegurar la igualdad de oportunidades puede ser necesario, en ocasiones, un trato desigual de los distintos concurrentes.[2]

La igualdad de oportunidades de los partidos políticos tiene, además, un significado especial, debido al papel y función que a éstos les corresponde en un Estado democrático. En el Estado democrático, los partidos políticos tienen encomendada la función de contribuir a la formación y manifestación de la voluntad política de los ciudadanos, *conditio sine qua non* del correcto funcionamiento de dicho Estado; y para poder desempeñar dicha función, a los partidos se les reconoce un *status* jurídico-constitucio-

---

[1] H.-R. Lipphardt, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt,* 1975, p. 15; A. Kißlinger, *Das Recht auf politische Chancengleichheit,* 1998, pp. 9 y 17.

[2] T. Stein, «Art. 3», en E. Denninger, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativ Kommentar,* 1984, p. 389.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 382



nal determinado.[3] Pues bien, de los principios y derechos que integran ese *status* jurídico-constitucional destacan la libertad y la igualdad, imprescindibles para garantizar que los partidos políticos puedan desempeñan la tarea que tienen constitucionalmente atribuida. La libertad de los partidos se viene reconociendo de forma expresa en los textos constitucionales, y se concreta, como principio y como derecho fundamental, en libertad de creación y funcionamiento sin injerencias por parte del Estado. La igualdad de los partidos, o igualdad de oportunidades, por su parte, es imprescindible para garantizar que, en el ejercicio de su función, todos los partidos políticos, en su conjunto, reflejen el pluralismo de la sociedad, tanto en la fase de formación de la voluntad popular como en la de formación de la voluntad del Estado. El correcto funcionamiento del Estado democrático exige que los partidos políticos existentes, y los que puedan crearse, concurran en igualdad de condiciones en el proceso de formación de la voluntad política.[4]

A pesar de que, por regla general, los textos constitucionales no reconozcan este principio de forma expresa, no cabe ninguna duda de que existe una igualdad de oportunidades constitucionalmente protegida.[5] En este sentido, destaca la labor de la jurisdicción constitucional, que ha desempeñado un papel determinante en el reconocimiento y desarrollo de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, especialmente del Tribunal Constitucional alemán que, desde sus primeras sentencias reconoció la igualdad de oportunidades política (*politische Chancengleichheit*) y afirmó la trascendencia de este principio para el desarrollo y mantenimiento del Estado democrático así como la obligación de todos los poderes públicos, sobre todo del legislador, de tener en cuenta este principio a la hora de regular todas aquellas materias que pudieran afectar a las oportunidades de los partidos.[6] De esta manera, en Alemania, el Tribunal Constitucional se ha preocupado de señalar claramente que la igualdad de oportunidades, que debe conciliarse con otros principios y derechos constitucionales, fundamentalmente con la libertad de los partidos, tiene un carácter esencial y estrictamente formal. Así entendida, la igualdad de oportunidades significa que todos los partidos políticos tienen que

---

[3] J. Isensee, «Staat und Verfassung», en VVAA, *Handbuch der Staatsrecht,* vol. I, 1987, p. 112 y ss.; P. Badura, «Die parlamentarische Demokratie», en VVAA, *Handbuch des Staatsrecht,* vol. I, 1987, p. 34 y ss; E. W. Böckenförde, «La democracia como principio constitucional», en E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia,* 2000, p. 47; M. García-Pelayo, *El Estado de partidos,* 1986, p. 69.

[4] K. Hesse, «Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* 17 (1995), p. 11; M. Mazziotti/G. M. Salerno, *Manuale di Diritto Costituzionale,* 2002, p. 244; L. Paladin, *Diritto Costituzionale,* 2ª. ed, 1995, p. 273.

[5] H.-R. Lipphardt, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, op. cit.,* p. 32 y ss.; H.-C. Jülich, *Chancengleichheit der Parteien. Zur Grenze staatlicher Handelns gegenüber den politischen Parteien nach dem Grundgesetz,* 1967, p. 22 y ss.; U. Volkmann, *Politische parteien und öffentliche Leistungen,* 1993, p. 148 y ss.; A. Kißlinger, *Das Recht auf politische Chancengleichheit, op. cit.*, p. 10.

[6] De hecho, la primera sentencia en la que se trata la igualdad de oportunidades, la BVerfGE 1, 208, es de 5 de abril de 1952.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 383



ser tratados por igual, sin excepción, aunque pueden admitirse diferencias de trato siempre que exista una razón evidente y esté justificada.[7]

La igualdad de oportunidades de los partidos políticos se ha desarrollado en diversos ámbitos. En la Europa continental, el primero de los ámbitos de manifestación de la igualdad de oportunidades fue el derecho electoral, pues se entendía que el Estado debía garantizar que todas las formaciones políticas pudieran presentarse a los procesos electorales en igualdad de condiciones. Posteriormente, al convertirse los partidos en partidos de masas, con una estructura organizativa mayor y con gastos cada vez mayores, el legislador tuvo que regular el sistema de financiación de esos partidos, y, al hacerlo, hubo de tener en cuenta la igualdad de oportunidades para evitar desigualdades económicas de hecho que pudieran influir en las oportunidades de los partidos políticos. Por último, la igualdad de oportunidades también se ha desarrollado en el ámbito de la comunicación, que es el que plantea hoy en día mayores retos desde la perspectiva de la función que deben desempeñar los partidos y desde la igualdad de oportunidades necesaria para ello.

## II. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y SISTEMA ELECTORAL

En Alemania, el Tribunal Constitucional reconoció la igualdad de oportunidades de los partidos políticos –la *politische Chancengleichheit*– por primera vez en 1954, con ocasión de un recurso sobre derecho electoral.[8] En su sentencia, el Tribunal afirmó que la *Chancengleichheit*, entendida como igualdad electoral, obliga a los poderes públicos, especialmente al legislador, a establecer y desarrollar un determinado derecho electoral que garantice la igualdad de oportunidades de todos los partidos políticos, y, puesto que esta igualdad la entiende el Tribunal Constitucional como igualdad «esencial y estrictamente formal», el legislador, a su juicio, dispone de un margen muy reducido en el desarrollo del derecho electoral, debe dar a todos los partidos políticos el mismo trato y sólo cuando exista un motivo suficiente que lo justifique podrá introducir una diferencia, ya sea entre los electores, los candidatos electorales o los partidos políticos.[9] Pues bien, a

---

[7] BVerfGE 1, 298 (247 y ss.) «*Der Gleichheitssatz ist verletz wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebende oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kürz, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß*»; 13, 243 (247): «*Aus diesem Grunde bedürfen Differenzierung in diesem Bereich stets eines besonderen rechtfertigenden Grundes*»; 14, 121 (133): «*Mit der in Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich gesicherten Freiheit der Gründung der Parteien ist im Grundsatz auch die freie Auswirkung bei der Wahl, d. h. Die volle Gleichberechtigung aller Parteien, notwendig verbunden (...) Die öffentliche Gewalt muß, wenn in den Bereich der politischen Willensbildung bei Wahlen in einer Weise eingreift, daß dadurch die Chancengleichheit der politischen Parteien verändert werden kann, sich gegenwärtig halten, daß ihrem Ermessen in diesem Bereich besonders enge Grenzen gezogen sind und daß ihr jede verschiedene Behandlung der Parteien verfassungskräftig versagt ist, die sich nicht durch einen besonderen zwingenden Grund rechtfertigen läßt*»; 51, 222 (236); 1, 208 (247 y ss.); 4, 31 (40), entre otras.

[8] BVerfGE 1, 208, de 5 de abril de 1954.

[9] BVerfGE 20, 56 (116): «*Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien gilt nicht nur für den Bereich des Wahlrechts im engere Sinne, für die Wahlvorbereitung, für den Wettbewerb der Parteien um die Erlangung von Spenden und für ihre Wahlpropaganda im Rundfunk, sondern im gesamten*

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 384



partir de ese momento, el Tribunal Constitucional resolvió diversos recursos contra normas de derecho electoral y, utilizando como parámetro jurídico-constitucional la igualdad de oportunidades, consideró inconstitucionales algunas disposiciones aprobadas por el legislador, por ser contrarias a la igualdad de oportunidades; confirmó otras por considerarlas acordes con ésta; e, incluso, en alguna ocasión, señaló al legislador cuál era el desarrollo legislativo constitucionalmente más adecuado desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades. En este sentido, la *Chancengleichheit* se ha tenido especialmente en cuenta en relación con los siguientes elementos del derecho electoral, que son los que pueden afectar en mayor medida a la igualdad de los partidos: el tipo de sistema electoral, el establecimiento de barreras electorales, la delimitación de las circunscripciones electorales y la exigencia de un número determinado de firmas para poder presentar candidaturas. Es más, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina consideran que la *Chancengleichheit* en tanto que *Wahlgleichheit*, es decir, la igualdad de oportunidades de los partidos políticos en tanto igualdad electoral, tiene carácter de derecho fundamental y comprende todo el proceso electoral, desde la presentación de candidaturas hasta la distribución de los escaños, pasando por el acto de la votación y el escrutinio de los votos emitidos. [10]

Por lo que se refiere al caso español, la igualdad de oportunidades también se manifiesta en el derecho electoral, en el que el legislador ha establecido medidas que guardan mucha similitud con las del derecho electoral alemán y que tratan asimismo de garantizar la igualdad de oportunidades de las formaciones políticas. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional español ha enjuiciado el derecho electoral no ha utilizado expresamente la igualdad de oportunidades como parámetro jurídico-constitucional, aunque haya llegado a conclusiones también muy similares a aquellas a las que llegó el Tribunal Constitucional alemán argumentando desde la igualdad de oportunidades. De esta manera, los elementos del derecho electoral español que han sido desarrollados por el legislador o interpretados por la doctrina de acuerdo con la igualdad de oportunidades son los siguientes: el tipo de sistema electoral, el establecimiento de barreras electorales, la delimitación de las circunscripciones electorales y la fórmula electoral utilizada para la atribución de escaños.

Antes de analizar dichos elementos, es preciso recordar que las Cortes Generales son el órgano de representación política del que forman parte dos Cámaras, el Congreso de los Diputados y el Senado.[11] Por lo tanto,

---

*«Vorfeld» der Wahlen, also auch für eine gesetzliche Regelung der Erstattung von Wahlkampfkosten. In allen diesen Bereichen ist er streng formal zu verstehen. Bei einer solchen Regelung sind deshalb der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers enge Grenzen gesetzt. Jede verschiedene Behandlung der Parteien, die sich nicht durch einen besonderen zwingenden Grund rechtfertigen läßt, ist ihm verfassungskräftig versagt*».

[10] *Vid.* entre otras, BVErfGE 6, 84 (91); 11, 351 (360); 30, 227 (245-246); 36, 139 (141); 55, 222 (235); 82, 322 (337).

[11] *Vid.* el trabajo del prof. R. Chueca, «Condicionamientos constitucionales de una reforma del Senado» en esta misma obra.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 385



en el debate sobre una eventual modificación de las funciones, las competencias o el sistema electoral de una Cámara –como es el que ahora se plantea– debe tenerse en cuenta el funcionamiento, las funciones y el sistema electoral de la otra Cámara –en este caso, el Congreso de los Diputados–, y el resultado final que se produce en el órgano de representación política al que ambas pertenecen. Así pues, desde el punto de vista del principio de igualdad de oportunidades, la reforma del sistema electoral del Senado debe hacerse teniendo en cuenta el sistema electoral del Congreso, y más concretamente, que dicho sistema, tanto en su conjunto como en ciertos elementos concretos (la fórmula D´Hondt o la división en circunscripciones electorales) favorece de manera injustificada y desproporcionada a determinadas formaciones políticas, sobre todo a los partidos políticos mayoritarios.

### II.1. EL TIPO DE SISTEMA ELECTORAL

Como se sabe, dependiendo del tipo de sistema electoral que se decida establecer, así será el sistema de partidos, puesto que, si el sistema electoral tiene las características propias de los «sistemas mayoritarios», se favorecerá la consolidación de menos formaciones políticas, pero con mayor peso en sede parlamentaria, mientras que si el sistema tiene las características propias de los llamados «sistemas proporcionales», se favorecerá la existencia de un mayor número de partidos políticos con representación parlamentaria.[12]

El sistema electoral alemán combina elementos de los llamados «sistemas proporcionales» y «mayoritarios».[13] Actualmente, el *Bundestag* está integrado por 598 diputados, de los cuales 299 se eligen a través de distritos electorales uninominales y los otros 299 restantes son elegidos a través de listas electorales a nivel de cada *Land*.[14]

En este sistema electoral combinado cada elector tiene dos votos.[15] El primer voto o *Erststimme* se utiliza en los distritos electorales uninominales.

---

[12] Entre otros, L.M. CAZORLA PRIETO/E. ARNALDO ALCUBILLA/F. ROMÁN GARCÍA, *Temas de Derecho Constitucional, op. cit.*, pp. 448-450; J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional,* 2000, p. 684; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Derecho Constitucional* Vol. II, *op. cit.,* pp. 360-361; M. CACIAGLI, «El sistema electoral de las Cortes según los artículos 68 y 69», en A. PREDIERI/E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático,* 1980.

[13] Véanse, por ejemplo, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.*, p. 301; H. MAURER, *Staatsrecht,* 2ª ed., 2001., pp. 402-403; K. HESSE, *Gründzuge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* op. cit., p. 254; P. BADURA, *Staatsrecht,* op. cit., p. 382.

[14] Art. 1 BWahlG (*Bundeswahlgesetz*): *(1). Der Deutsche Bundestag besteht vorbehaltlich der sich aus diesem Gesetz ergebenden Abweichungen aus 598 Abeordneten. Sie werden in allegemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl von der wahlberechtigten Deutschen nach den Grundsätzen einer mit dem Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt.*

*(2). Von den Abgeordneten werden 299 nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen und die übrigen nach Landeswahlvorschlägen (Landeslisten) gewählt.*

[15] Art. 4 BWahlG: «*Jeder Wähler hat zwei Stimmen, eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten, eine Zweitstimme für die Wahl einer Landesliste*».

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 386



Con el *Erststimme* el elector vota únicamente a un candidato, y sale elegido aquel que haya obtenido la mayoría simple de los votos. Por lo tanto, el sistema utilizado para el recuento de votos es el mayoritario.[16] El segundo voto o *Zweitstimme* se utiliza para votar a una de las listas electorales que los partidos presentan en cada uno de los *Länder* y el sistema que se utiliza para el recuento de los votos y la atribución de escaños es el proporcional.[17] Además, hay que resaltar que es este segundo voto el que realmente determina el reparto de los escaños.[18]

Una vez celebrada la votación, se inicia el procedimiento de reparto de escaños, procedimiento que se realiza en dos fases diferenciadas. En la primera fase se lleva a cabo el recuento de votos que ha obtenido cada partido. Para ello, se suman todos los segundos votos que ha obtenido cada uno de los partidos políticos en cada *Land* (*Zweitstimmen*), es decir, los votos a las listas, y se consigue, de esta manera, el número total de votos que ha obtenido cada partido a nivel nacional. A ese número resultante se le aplica el sistema proporcional Hare-Niemeyer,[19] y de ahí resulta el número de escaños que le corresponde a cada partido a nivel nacional. Una vez que se sabe el número total de escaños que ha obtenido cada partido político, se lleva a cabo un nuevo reparto (con la misma fórmula proporcional Hare-Niemeyer) para saber cuántos de esos escaños le corresponde al partido en cada uno de los *Länder*. En la segunda fase, los partidos políticos proceden a la adjudicación de los escaños que han obtenido. En primer lugar, se asigna escaño a los candidatos que han sido elegidos a través del primer voto (*Erststimme*), es decir, los elegidos directamente en los distritos electorales uninominales. Y, a continuación, el resto de escaños se asigna a los candidatos que aparecen en la lista electoral del *Land* elegidos a través del segundo voto *(Zweitstimme),* hasta completar el número de escaños que haya obtenido cada partido.[20]

El Tribunal Constitucional alemán ha tenido oportunidad de juzgar este sistema electoral desde la perspectiva de la *Chancengleichheit* y ha afirmado que el «sistema proporcional personalizado», en su conjunto, es el que mejor se ajusta a la Constitución, incluyendo el sistema de dos votos

---

[16] Art. 5 BWahlG.

[17] Art. 6 BWahlG.

[18] G. Leibholz/H.J. Rinck/D. Hesselberger, *Grundgesetz, op. cit.,* Art. 38, Rdn. 236; H.-T. Lee, *Chancengleichheit der politischen Parteien,* op. cit., pp. 27-28.

[19] La fórmula Hare-Niemeyer consiste en multiplicar el total de votos válidos obtenidos por cada partido por el número total de votos válidos emitidos. Los partidos obtienen tantos representantes como números enteros resulten y los puestos restantes se distribuyen según el valor del número decimal posterior. Con motivo de una reforma de la Ley Electoral Federal producida en 1985 se cambió del sistema D´Hondt al sistema Hare-Niemeyer. *Vid.*, K. Hesse, *Grundzüge Gründzuge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.,* p. 254; P. Badura, *Staatsrecht, op. cit.,* p. 382; H. Von Mangoldt/F. Klein/N. Actenberg/M. Schulte, *Das Bonner Grundgesetz,* 1991, Art. 38, Rdn. 161.

[20] H. Maurer, *Staatsrecht, op. cit.,* p. 404; K. Hesse, *Grundzüge Gründzuge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.,* p. 254; P. Badura, *Staatsrecht, op. cit.,* p. 382; D. Nohlen, «Tendencias recientes en desarrollo de los sistemas electorales en el mundo», en *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos,* 1999, pp. 117-118.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 387



y la fórmula electoral Hare-Niemeyer, ya que conserva todos los rasgos definitorios de los sistemas proporcionales con la única salvedad de que los electores tienen la capacidad de elegir a algunos de los diputados a través del *Erststimme*, y, de esta manera, la igualdad de oportunidades de todos los partidos políticos se encuentra garantizada, puesto que todas aquellas formaciones políticas que concurran a las elecciones obtendrán los escaños que correspondan a los votos recibidos de acuerdo con un criterio de proporcionalidad prácticamente exacto, reflejándose así las diferentes tendencias políticas que hay en la sociedad.[21]

La doctrina alemana, por su parte, también considera que los sistemas proporcionales son los que mejor garantizan la *Chancengleichheit*, especialmente a los partidos pequeños, ya que con esos sistemas de cómputo de votos y de distribución de escaños se consigue que cada uno de los votos emitidos tenga el mismo valor en el resultado final, logrando, de esa manera, un reparto más exacto de los escaños y un resultado más justo. Los sistemas mayoritarios, por el contrario, favorecen a los partidos más grandes, y especialmente a los dos partidos más grandes, ya que son ellos los únicos que tienen posibilidades reales de obtener escaños, y, desde luego, muchas más posibilidades que los partidos pequeños.[22]

Asimismo, la doctrina coincide con el Tribunal Constitucional en que el sistema alemán, aunque incorpora algún elemento propio de los sistemas mayoritarios (el *Erststimme*), es realmente un sistema proporcional, porque el número total de escaños se distribuye entre los partidos políticos de acuerdo con el número de votos que ha obtenido cada uno, y sólo después, una vez que se han repartido los escaños, se tiene en cuenta ese primer voto para determinar qué candidatos ocupan los escaños. Además, la doctrina valora positivamente el nuevo sistema de reparto de escaños, el método Hare-Niemeyer, que sustituyó en 1985 al método D´Hondt, porque se entendía que éste favorecía a los partidos grandes mientras que la fórmula actual transforma de una manera más exacta los votos en escaños sin favorecer especialmente a los partidos mayoritarios.

Por lo que se refiere al tipo de sistema electoral español, en su momento, y con la finalidad de asegurar la formación de gobiernos estables, se optó por establecer una serie de mecanismos, entre ellos un sistema electoral, que fortaleciera a los partidos mayoritarios.[23] Así, nuestro derecho electoral

---

[21] BVerfGE 95, 335, (352 y ss.). Por otro lado, hay que indicar que anteriormente el Tribunal Constitucional también había enjuiciado la fórmula electoral D´Hondt, y entendió que dicha fórmula no era la más adecuada desde la perspectiva de la *Chancengleichheit* porque favorecía a las grandes formaciones políticas, sin que encontrara un motivo que lo justificase, y habiendo como hay otras fórmulas que no producían ese trato favorable.

[22] K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.,* pp. 297 y 301; H.-T. LEE, *Chancengleichheit der politischen Parteien,* op. cit., pp. 27-28.

[23] M. BARAS J. BOTELLA, *El sistema electoral,* 1996, p. 40: E. ESPÍN TEMPLADO, «Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales», en G. RUIZ-RICO/S. GAMBINO, *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española,* 1997, p. 39; R. BLANCO VALDÉS, «¿Reformar el sistema electoral o reformar los partidos?», en G. RUIZ-RICO/S. GAMBINO, *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española, op. cit.*, p. 232.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 388



establece dos sistemas electorales diferentes para cada una de las Cámaras que integran las Cortes Generales: por un lado, el sistema electoral del Congreso de los Diputados, que es básicamente proporcional; y, por otro, el sistema electoral del Senado, que tiene algunas características propias de los sistemas mayoritarios.[24]

Como se sabe, el Congreso de los Diputados se compone de un mínimo de 300 diputados y de un máximo de 400 (actualmente, el Congreso de los Diputados está integrado por 350 diputados)[25] y sus miembros se eligen a través de un sistema electoral con los rasgos típicos de los sistemas proporcionales: a pesar de ser un sistema básicamente proporcional, el territorio se divide en circunscripciones (las provincias) a las que se asigna un número determinado de representantes; los partidos políticos presentan en dichas circunscripciones listas cerradas y bloqueadas, y, tras la votación, las listas electorales que superen un determinado porcentaje de votos acceden al reparto de escaños que se realiza mediante el sistema D´Hondt, que transforma los votos obtenidos en escaños en el Parlamento.[26]

El sistema electoral del Senado tiene más rasgos típicos de los sistemas mayoritarios. En este caso la circunscripción es la misma, la provincia, a la que corresponde un número determinado de senadores,[27] pero aquí serán elegidos los candidatos que en cada una de ellas obtengan el mayor número de votos.[28] Los ciudadanos pueden elegir, de entre los candidatos que han presentado los partidos políticos en listas abiertas, a un máximo de tres candidatos en las circunscripciones provinciales (aunque posteriormente salen elegidos los cuatro que obtengan el mayor número de votos), dos en las islas mayores, Ceuta y Melilla y uno en las restantes circunscripciones insulares. Como podemos observar, en las circunscripciones provinciales se vota únicamente a tres candidatos, aunque son elegidos cuatro Senadores, porque, teóricamente, así disminuyen las posibilidades de que una formación política obtenga la totalidad de los escaños que corresponde a una circunscripción y, por tanto, se da la posibilidad a otros partidos políticos de obtener allí también algún escaño.[29]

---

[24] La Constitución define los sistemas de elección al Congreso (art. 68 CE) y al Senado (art. 69 CE) que, posteriormente han tenido su desarrollo legislativo en la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General. Sobre los sistemas electorales, *vid.* J. M. Vallés, «Sistemas electorales y democracia representativa: nota sobre la Ley Orgánica del régimen electoral general de 1985 y su función política», en *REP*, núm. 53, 1986; D. Nohlen, «Sistema electoral», en J. J. González Encinar, *Diccionario del sistema político español,* 1984, p. 837.

[25] CE, art. 68.1. LOREG, art. 162.1

[26] CE, art. 68; LOREG, arts. 161 a 167.

[27] La Constitución establece que cada provincia elige cuatro Senadores, excepto en el caso de las islas, en las que las islas denominadas «islas mayores» (Gran Canaria, Tenerife y Mallorca) eligen tres y las «islas menores» (Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma) eligen uno, y las ciudades de Ceuta y Melilla que eligen dos Senadores. Además de los Senadores elegidos directamente por los ciudadanos, hay que recordar que las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas designarán también, un senador y otro por cada millón de habitantes.

[28] LOREG, art. 166.

[29] V. Franch Ferre/J. Martín Cubas, «Reflexiones en torno a una posible reforma del sistema de asignación de escaños en el Senado», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* núm. 18/19, 1997, pp. 21-55.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 389



El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el sistema electoral y ha afirmado que el sistema proporcional es el que mejor se ajusta a la Constitución, aunque no concreta qué tipo de sistema proporcional es el más adecuado.[30] Ahora bien, el Tribunal matiza que el legislador disfruta de un determinado margen de maniobra a la hora de establecer el sistema electoral, aunque debe respetar siempre lo establecido por la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional afirma que sea cual sea el sistema establecido por el legislador, éste debe respetar el principio de igualdad,[31] y más concretamente, debe garantizar la igualdad de condiciones de todos los partidos políticos.[32]

Por lo que se refiere al tipo de fórmula electoral, en las elecciones al Congreso de los Diputados, al Parlamento Europeo, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y en las elecciones municipales se aplica la fórmula electoral D´Hondt para el procedimiento de asignación de escaños. Esta fórmula, como se sabe, consiste en lo siguiente: en primer lugar, los votos obtenidos por cada una de las candidaturas que hayan accedido al reparto de escaños se ordenan de mayor a menor; en segundo lugar, se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por 1, 2, 3, etc., hasta un número igual al de escaños que haya que repartir en esa circunscripción, y se ordenan de una manera decreciente; por último, los escaños se atribuyen a las candidaturas que hayan obtenido los cocientes mayores, atendiendo al orden decreciente en que se han ordenado.[33]

Respecto a esta fórmula electoral la doctrina se ha mostrado crítica, porque entiende que el sistema de atribución de los restos favorece a los grandes partidos y, además, como la distribución se realiza por circunscripciones y no a nivel nacional, el efecto de ventaja de los partidos mayoritarios se incrementa.[34] Al atribuirse los escaños en cada una de las cir-

---

[30] STC 40/1981: «*La representación proporcional es la que persigue atribuir a cada partido o a cada grupo de opinión un número de mandatos en relación a su fuerza numérica. Cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada partido político o grupo de opinión una representación, si no matemática, cuando menos sensiblemente ajustada a su importancia real*». En este mismo sentido, STC 75/1985, FJ 5.

[31] STC 75/1985 FJ 4: «*El principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas, y ello porque se trata de una igualdad en la Ley, o como el mismo art. 23.2 de la Constitución establece, de una igualdad referida a las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por lo tanto, no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema y, no por referencia a cualquier otro*».

[32] STC 75/1985, FJ 4, «*Lo significativo desde la perspectiva del art. 23.2 de la Constitución, puesto en relación con el art. 14, es que la regla legal se aplica a todas las candidaturas por igual, sin que conste la existencia de obstáculos para que todas ellas concurran a unas mismas elecciones, y en unos mismos distritos o circunscripciones en las mismas condiciones legales y sin que conste, tampoco, la existencia de diferencias injustificadas o irrazonables en la aplicación de esa concreta regla*». En el mismo sentido, STC 225/1998, FJ 4.

[33] LOREG, art. 163.1; M. BARAS/J. BOTELLA, *El sistema electoral*, op. cit., p. 77-78.

[34] M. MARTÍNEZ CUADRADO, *Elecciones y partidos políticos en España*, 1969, p. 213; D. NOHLEN, «Sistema electoral», *op. cit.*, p. 839; F. PALLARÉS PORTA, «Sistema electoral y sistema de partidos», *op. cit.*, p. 76.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 390



cunscripciones, se beneficia, en primer lugar a los partidos políticos mayoritarios, pero también a los partidos políticos «regionales», es decir, aquellas formaciones políticas que presentan únicamente candidaturas en una determinada Comunidad Autónoma o en unas circunscripciones concretas y que, aunque a nivel nacional la cantidad de votos que obtienen es muy pequeña, logran una importante representación, en detrimento de partidos políticos que presentan candidaturas en todo el territorio nacional y que se ven perjudicados por el sistema de adjudicación de escaños.[35] El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el método D´Hondt y, aunque admite que esta fórmula otorga cierta ventaja a las listas más votadas, considera, no obstante, que la ventaja que otorga no es superior a la de otras fórmulas también consideradas proporcionales[36] y, con carácter general, afirma, como antes vimos, que no existen sistemas puros de proporcionalidad y que todos producen desviaciones justificadas para hacer viable su aplicación.[37]

### II.2. LAS BARRERAS ELECTORALES

Las barreras electorales consisten, por regla general, en la exigencia de lograr un porcentaje mínimo de votos para poder acceder al reparto de escaños, y suponen, por tanto, un trato diferente a los distintos partidos políticos. Sin embargo, se considera de forma prácticamente unánime que esa diferencia de trato está justificada, puesto que se afirma que ésta es una medida adecuada para facilitar la formación de gobiernos estables y para lograr el correcto funcionamiento del Parlamento. Así lo han interpretado tanto el Tribunal Constitucional alemán como el español, aunque éste último no ha enjuiciado las barreras electorales desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades de los partidos.

En Alemania, las *Sperrklauseln,* o barreras electorales, son una condición que han de cumplir los partidos políticos para acceder al reparto de escaños (ya sean del *Bundestag* o de cualquiera de los *Landtag*). A tenor de lo

---

[35] J. M. Vallés/A. Bosch, *Sistemas electorales y gobierno representativo, op. cit.,* p. 247; M. Bassols Coma, «El sistema electoral español: balance y perspectivas», *op. cit.,* p. 38; F. Pallarés Porta, «Sistema electoral y sistema de partidos», *op. cit.,* p. 78; N. Pérez Sola, «La evolución del sistema de partidos en España», *op. cit.,* p. 255.

[36] STC 75/1985: «*En lo que se refiere a la regla D´Hondt, de su aplicación resuelta cierta ventaja relativa, aunque no superior a la de otras fórmulas consideradas igualmente proporcionales, para las listas más votadas, y ello como consecuencia del peculiar sistema de cocientes que dicha regla articula.*». *Vid.*, también, STC 115/1995. En la doctrina, *vid.* J. Sevilla Merino, «Ley electoral y acción positiva», en F. Pau i Vall (coord.), *Parlamento y sistema electoral,* 1999, p. 473.

[37] Así, el Tribunal Constitucional entiende que: «*La Constitución (...) no ha pretendido introducir un sistema «puro» de proporcionalidad, y si con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, debe decirse que semejante sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho comparado. La proporcionalidad, es más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa «pureza» de la proporcionalidad abstractamente considerada*» (STC 75/1985, FJ 5).

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 391



que establece el artículo 6.6 de la Ley Electoral Federal,[38] existen dos tipos de barreras electorales: por un lado, la llamada barrera porcentual, y, por otro, la condición de haber ganado en un mínimo de circunscripciones uninominales. Sin embargo, no es necesario que los partidos cumplan con ambos requisitos, pues son alternativos, y cumpliendo cualquiera de los dos se accede al reparto de escaños.[39] La primera de las barreras electorales, la barrera porcentual *(die Prozentklause)*, consiste en la exigencia de haber obtenido como mínimo un 5% de los votos (segundos votos o *Zweitstimme*) emitidos a nivel nacional. La segunda barrera *(die Grundmandatklausel)* consiste en la exigencia de haber obtenido el mayor número de votos en, al menos, 3 distritos uninominales (primeros votos o *Erststimme*). Hay que señalar, además, que estas barreras (haber obtenido un 5% de votos o el mayor número de votos en los distritos uninominales) no se aplican a los partidos que representan a las minorías nacionales.[40]

El Tribunal Constitucional alemán ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de fijar por ley barreras electorales para poder obtener representación parlamentaria y, de acuerdo con una jurisprudencia constante del Alto Tribunal,[41] las barreras contenidas en las leyes electorales, tanto de la Federación como de los *Länder*, se ajustan a la Constitución.[42] El Tribunal considera que hay que evitar una excesiva fragmentación del sistema de partidos que podría entorpecer e, incluso, paralizar el normal funcionamiento del Parlamento y, con ello, obstaculizar la formación de gobiernos estables,[43] y que para conseguir ese objetivo es necesario fijar *Sperrklauseln*.[44] De esta manera, se intenta evitar que se repita la experiencia del sistema de partidos en la época de Weimar[45] y, en consecuencia, se admite que quiebre la igualdad en sentido estricto de los partidos con el objetivo de garantizar la existencia de un sistema en el que primen los partidos consolidados con posibilidades de formar mayorías es-

---

[38] Art. 6.6 BWahlG: «*Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 von Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens deri Wahlkreisen einen Sitz errungen haben. Satz 1 findet auf die von Parteien nationaler Minderheiten eingereichten Listen keine Anwendung*».

[39] H.-T. LEE, *Chancengleichheit der politischen Parteien, op. cit.,* p. 29.

[40] Art. 6.6 BWahlG. D. LÓPEZ GARRIDO, *Nuevo Derecho Constitucional comparado,* 2000, pp. 626-627.

[41] Es necesario señalar aquí, que el Tribunal hizo una excepción a su interpretación consolidada respecto de la fijación de barreras electorales, con ocasión de las primeras elecciones tras la reunificación de Alemania, en la BVerfGE 82, 322, de 29 de septiembre de 1990.

[42] BVerfGE 1, 208; 4, 31; 4, 375; 5, 77; 6, 84; 6, 99; 6, 104; 6, 121; 47, 253; 48, 64; 67, 65.

[43] BVerfGE 1, 208 (249); 6, 84 (92 y ss); 13, 243 (247), para elecciones locales; D. GRIMM, «Politischen Partein», op. cit., p. 416; H.-C. JÜLICH, *Chancengleichheit der Parteien, op. cit.*, p. 109.

[44] BVerfGE 24, 300 (341): «*Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechtfertig es die Siecherung des Charakters der Wahl als eines entscheidenden Integrationsvorganges, in einem bestimmten Ausmaß bei der Verhältniswahl den Erfolgswert der Wählerstimmen zu differenzieren und demgemäß die politischen Parteien verschieden zu behandeln. Diesen Zweck dient die 5 v. H.-Klausel des allgemeinen Wahlrechts, die ein arbeitsfähiges Parlament gewährleisten soll, das auch in der Lage ist, eine funktionsfähige Regierung zu bilden*».

[45] D. GRIMM, «Politische Parteien», *op. cit.*, p. 416.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 392



tables.[46] Por lo tanto, la existencia de estas cláusulas o barreras electorales supone un trato diferente a los distintos partidos políticos contrario, en principio a la *Chancengleichheit,* pero, a tenor de la jurisprudencia constitucional, ese trato diferente está justificado y es proporcionado.[47]

La doctrina, por su parte, mayoritariamente admite la existencia de las *Sperrklauseln*, aunque también existen autores que no encuentran suficiente justificación constitucional a las mismas.[48] Entre éstos últimos se considera que las barreras electorales no juegan un papel decisivo en la garantía del funcionamiento del Parlamento; así, se entiende que las diferencias que pueden surgir entre incluir a todos los partidos que han obtenido votos en el reparto de escaños o excluir a los que han conseguido un número mínimo de votos no son relevantes, y que la repercusión que tiene para el buen funcionamiento del Parlamento o del Gobierno es prácticamente inexistente.[49] Pero algunos autores van más allá y consideran que no existe ninguna causa que justifique la creación de estas barreras, ya que con ellas se está vulnerando la *Chancengleichheit* de los partidos políticos.[50]

En España no existen barreras electorales en el sistema electoral del Senado, por ser un sistema mayoritario, pero sí se establecen barreras electorales en el sistema electoral del Congreso. Así, se dispone que en las elecciones al Congreso de los Diputados, para poder participar en la atribución de escaños, es necesario que los partidos políticos hayan obtenido una cantidad mínima de votos, que se ha situado en el 3%.[51] El legislador ha introducido la exigencia de contar al menos con el 3% de los votos, con el evidente propósito de restringir el acceso al Congreso de los Diputados a los partidos políticos cuyo soporte electoral es más reducido, y evitar así un parlamento excesivamente fragmentado; por ello, se exige que las candidaturas sean significativas y logren una determinada cantidad de votos. Hay que indicar, no obstante, que con el régimen de

---

[46] K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.,* pp. 311-312; U. Wenner, *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland,* 1986, p. 88.

[47] BVerfGE 3, 19: «*Differenzierungen zswischen parlamentarisch schon vertretener und neuen Parteien bei der Zulassung zur Wahl sind verfassungsrechtlich zulässig; sie können aber den Gleichheitgrundsatz verletzen, wenn sie ein gewisses Maß überschreiten*», en la misma sentencia, vid., también, p. 26 y ss..

[48] De los autores que forman parte de este sector crítico, destacan, U. Wenner, *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland,* op. cit., p. 226 y ss.; H. Meyer, «Wahlgrundsätze und Wahlverfahren», en J. Isensee/P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts,*Vol. 2, 1ª ed., 1987, § 38, Rdn. 26 y ss.; U.K. Preuss, «Artikel 21, Abs. 1, 3», en E. Denninger, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativ-Kommentar,* 1984, Rdn. 48; o Lowestein, que considera que «Die 5% Sperrklausel verwehre neuen Parteien die Chancen der Einflußnahme und friere die Macht der großen Parteien auf Dauer ein», en «Das Schicksal der Wahlreform», en *ZfP,* 1970, p. 25. En términos semejantes se expresa E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft,* 1970, pp. 89-93; y E. Jesse, *Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform,* 1985, p. 234 y ss..

[49] En este sentido, D. Grimm, «Politischen Partein», op. cit., pp. 627-628.

[50] H.-T. Lee, *Chancengleichheit der politischen Parteien,* op. cit., p. 40; H.-C. Jülich, *Chancengleichheit der Parteien,* op. cit., p. 112 y ss.; C. Peter, *Wahlabsprachen politischer Parteien und ihre rechtlicher Grenzen,* 1964, p. 111.

[51] Loreg, art. 163.1.a).

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 393



circunscripciones que existe en el sistema electoral español, la barrera electoral únicamente afecta a la adjudicación de escaños en las dos circunscripciones donde se elige a más diputados, esto es, en Madrid y Barcelona, ya que, para todas las demás, la barrera electoral, en la práctica, no tiene relevancia.[52]

Finalmente, como ya hemos indicado, el Tribunal Constitucional español sí se ha pronunciado sobre las barreras electorales, afirmando, en primer lugar, que la existencia de barreras está justificada porque el legislador debe garantizar la efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos,[53] y, en segundo lugar, que, no obstante, dichas barreras deben ser lo suficientemente reducidas como para no vulnerar el derecho a la igualdad de los partidos políticos.[54]

### II.3. LAS CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES

En Alemania, la división en distritos o circunscripciones electorales, a *priori*, se configura como uno de los principales campos de batalla en relación con la igualdad de oportunidades de los partidos políticos en el ámbito electoral. Se considera que la forma en la que se establezca la división en distritos electorales puede ocasionar una lesión a la *Wahlgleichheit* (igualdad electoral), pues el valor de un voto es diferente dependiendo del distrito electoral en el que se emita ese voto –por regla general se puede decir que en las circunscripciones pequeñas los votos tienen más valor que en las grandes–; por lo tanto, el tipo de distrito puede ocasionar un perjuicio a la igualdad de oportunidades de los partidos políticos.[55]

---

[52] La doctrina considera que la verdadera barrera electoral no se encuentra en el límite del 3% de los votos, sino en el propio tamaño de las circunscripciones, que imposibilita, de hecho, que los partidos pequeños obtengan un escaño. En este sentido, M. BASSOLS COMA, «El sistema electoral español: balance y perspectivas», en F. PAU I VALL (coord.), *Parlamento y sistema electoral,* 1999, p. 35; J. M. VALLÉS/A. BOSCH, *Sistemas electorales y gobierno representativo,* 1997, p. 240; D. NOHLEN, «Sistema electoral», *op. cit.*, p. 838.

[53] Así lo afirma literalmente el TC en su STC 75/1985, quien ha justificado esta medida para «*procurar que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en las Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia*». (...) «*No es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el art. 1.1. de la CE representa el pluralismo –y su ex-presión, en este caso, en el criterio de la proporcionalidad– con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos, por lo que la posibilidad de tal limitación de la proporcionalidad electoral resulta tanto más justificada cuanto que, según hemos visto, no cabe, en rigor, hablar de un derecho subjetivo a la misma sobre la base estricta del art. 23.2. de la CE*». (...) «*Por lo tanto, el límite del 3 por cien respeta, en sustancia, el criterio de la proporcionalidad*» (STC 75/1985, FJ 5).

[54] En este sentido, el TC ha afirmado que «*las barreras electorales no vulneran ni el derecho a la igualdad ni el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo siempre que su efecto limitador del escrutinio proporcional se proyecte de manera igual sobre un sector relativamente reducido de los ciudadanos que ejercen sus derechos de representación, lo que implica que, en principio, no resulten constitucionalmente admisibles aquellas barreras que establezcan porcentajes superiores a los indicados, salvo que excepcionalmente concurran poderosas razones que lo justifiquen*». (STC 225/1998, FJ 5).

[55] BVerfGE 13, 123 (128 y ss.); 16, 30 (136); H.-T. LEE, *Chancengleichheit der politischen Parteien, op. cit.*, p. 44.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 394



No obstante, dadas las características del sistema electoral alemán, se entiende que el tamaño del distrito electoral no determina de manera esencial la valoración del voto.[56] Ya hemos visto que en el sistema alemán se combinan elementos del sistema proporcional y del mayoritario, y que existen distritos uninominales para el primer voto, mientras que para el segundo voto la circunscripción electoral es el *Land* respectivo. Sin embargo, todos los votos emitidos tienen el mismo valor, ya que, para la distribución de escaños, se suman, a nivel federal, todos los votos obtenidos por un partido en los distintos *Länder*, creándose la ficción de que hubiera «listas a nivel federal». Esto es, para la distribución de escaños –que es lo importante– el distrito es único. Por lo tanto, en lo que se refiere a las circunscripciones electorales, la doctrina alemana considera que, por las especiales características del sistema electoral alemán, en el que los votos no se contabilizan en cada circunscripción, sino a nivel nacional, el tamaño de la circunscripción o distrito electoral no afecta a la igualdad de oportunidades de los partidos.

Por lo que se refiere a España, la igualdad de oportunidades de los partidos políticos también se ve afectada por la forma en que el territorio nacional se divide en circunscripciones electorales, que ha provocado la «sobre-representación» de algunas circunscripciones y la «sub-representación» de otras, además de generar importantes desigualdades entre, de un lado, los pequeños partidos que presentan candidaturas en todo el territorio nacional y los partidos mayoritarios, y, de otro, entre los partidos pequeños y aquellos partidos que se presentan únicamente en las circunscripciones en las que tienen mayor influencia y mayor arraigo social. Así lo afirma la doctrina, que ha criticado duramente este sistema de reparto de los diputados que corresponden a cada circunscripción, al considerar que se vulnera la igualdad del voto constitucionalmente protegida así como la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, porque, dependiendo de la circunscripción en la que se resida, el valor del voto será mayor o menor. En las provincias con menor número de habitantes se necesitan menos votos para lograr un escaño de diputado que en las provincias con mayor población. Así, por ejemplo, en la provincia de Soria son necesarios alrededor de 35.000 votos para conseguir un escaño de Diputado, mientras que en provincias como Madrid o Barcelona son necesarios más de 130.000 votos.[57]

Este debate sobre la igualdad de oportunidades de los partidos políticos en relación con las circunscripciones electorales se ha producido sobre todo en relación con las elecciones al Congreso. La circunscripción elec-

---

[56] BVerfGE 13, 123 (129). H.-T. Lee, *Chancengleichheit der politischen Parteien, op. cit.,* p. 44.

[57] D. Nohlen, «Sistema electoral», *op. cit.,* p. 838; M. Baras/J. Botella, *El sistema electoral, op. cit.,* p. 55; I. Molas, *Derecho Constitucional, op. cit.,* p. 88; J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional, op. cit.,* p. 684; F. Pallarés Porta, «Sistema electoral y sistema de partidos», *op. cit.,* p. 76; O. Sánchez Muñoz, «Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio», *op. cit.,* p. 515; N. Pérez Sola, «La evolución del sistema de partidos en España», *op. cit.,* p. 255.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 395



toral, como ya hemos indicado, es la provincia, y a cada una de ellas le corresponde una representación mínima inicial, concretamente dos diputados por provincia, distribuyéndose el resto de diputados que corresponde elegir en cada provincia proporcionalmente, atendiendo a la población de cada una.[58] Por lo tanto, de los 350 diputados, 102 se asignan automáticamente entre las provincias (2 para cada una de las 50 provincias más uno por Ceuta y Melilla respectivamente), mientras que los 248 restantes se adjudican en función de la población.[59] La determinación de los escaños que corresponden a cada provincia puede variar, dependiendo de los cambios que se produzcan en la población, por lo que en el decreto de convocatoria de las elecciones se especifica el número de Diputados a elegir en cada circunscripción.[60]

Por otro lado, la doctrina también ha criticado que, aunque en teoría, es decir, formalmente, el sistema sea proporcional, en la práctica, el sistema funciona prácticamente como un sistema mayoritario, porque la mayor parte de las circunscripciones son muy pequeñas y en la mayoría de ellas se elige a un número muy reducido de Diputados, lo que se traduce en que, por regla general, los dos partidos mayoritarios son los que suelen conseguir todos los escaños y los terceros partidos encuentran grandes dificultades para obtener representación.[61] Por su parte, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado específicamente sobre el tipo de circunscripciones electorales ni sobre los efectos que critica la doctrina. Sin embargo, ya ha justificado en otros casos otro tipo de desviaciones del sistema proporcional afirmando que no existen «sistemas proporcionales puros» en los que se atribuyan, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, y que cualquier desarrollo de un sistema proporcional, para hacer viable su aplicación, implica una desviación del criterio de la proporcionalidad.[62]

### II.4. LAS CANDIDATURAS ELECTORALES

Por último, haremos una breve referencia a la exigencia establecida en Alemania de que las nuevas formaciones políticas tengan que contar con un número determinado de firmas para poder presentar su candidatura. Así se establece en los artículos 20.2 y 27.1 de la Ley Electoral Federal, donde se regulan los requisitos que han de cumplir las candidaturas

---

[58] CE, art. 68.2: «*La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población*». LOREG, art. 161.1: «*Para la elección de Diputados y Senadores, cada provincia constituirá una circunscripción electoral. Asimismo, las ciudades de Ceuta y Melilla serán consideradas, cada una de ellas, como circunscripciones electorales*».

[59] LOREG, art. 162.3.

[60] LOREG, art. 162.4. En la doctrina, J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional, op. cit.,* p. 683.

[61] I. MOLAS, *Derecho Constitucional, op. cit.,* p. 88; J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional, op. cit.,* p. 684.

[62] STC 75/1985, FJ 5.

11381-396-Estado autonómico52 14/10/05 17:04 Página 396



electorales. Entre ellos destaca la exigencia de que se aporten al menos 200 firmas de electores que avalen una candidatura, en el caso de los distritos uninominales,[63] y 2000 firmas o el equivalente a un 1 por mil de los electores de un *Land,* en el caso de listas en los *Länder,*[64] aunque esta exigencia se aplica únicamente a los partidos que no tienen representación parlamentaria.[65]

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre los requisitos de las candidaturas electorales,[66] este requisito podría considerarse una medida desfavorable para los partidos nuevos o de reciente fundación,[67] pero no se puede calificar de «inconstitucional», ya que el número de firmas o el porcentaje exigido no es excesivamente elevado. Por tanto, el Tribunal Constitucional ha interpretado que dicha exigencia será constitucional siempre y cuando respete la *Chancengleichheit,* es decir, cuando el número de firmas exigido sea un número suficientemente reducido en proporción al número total de electores. De la misma forma, en la doctrina se considera que la presentación de una serie de firmas es admisible siempre que, por su número reducido, no se lesione la *Chancengleichheit* de los partidos políticos.[68]

Finalmente, por lo que se refiere al caso español, hay que indicar que el legislador no ha adoptado ninguna medida similar a ésta.

---

[63] Art. 20.2 BWahlG: «*Kreiswahlvorschläge von Parteien müssen von dem Vorstand des Landesverbandes oder, wenn Landesverbände nicht bestehen, von den Vorständen der nächstniedrigen Gebietsverbände, in deren Bereich der Wahlkreis liegt, persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein. Kreiswahlvorschläge der in § 18 Abs. 2 gennanten Parteien müssen außerdem von mindestens 200 Wahlberechtigten des Wahlkreises persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein (...)*».

[64] Art. 27.1 BWahlG: «*Landeslisten können nur von Parteien eingereicht werden. Sie müssen von dem Vorstand des Landesverbandes oder, wenn Landesverbände, die im Bereich des Landes liegen, bei den in § 18 Abs. 2 gennanten Parteien außerdem von 1 von Tausend der Wahlberechtigten des Landes bei der letzten Bundestagswahl, jedoch höchstens 2000 Wahlberechtigten, persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein*».

[65] BVerfGE 30, 227 (246): «*Mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit ist die Forderung eines angemessenen Unterschriftenquorums gründsatzlich vereinbar. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß von neu auftretenden Wahlbewerbern eine Bestimmte Zahl von Unterschriften verlang wird, bei anderen hingegen, die schon bei der letzen Wahl Erfolg hatten*»; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.,* p. 309; H.-T. Lee, *Chancengleichheit der politischen Parteien, op. cit.,* p. 41.

[66] BVerfGE 3, 19; 3, 39; 3, 383; 5, 77; 6, 121; 6, 367; 12, 10; 82, 353.

[67] BVerfGE 3, 19 (27).

[68] K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.,* p. 309; H.-C. Jülich,, *op. cit.,* p. 115; H.-T. Lee.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 397

# LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

**Adoración Galera Victoria**
*Profesora Asociada de Derecho Constitucional*
*Universidad de Granada*

## I. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE RELACIONES INTERNACIONALES Y LA ACCIÓN EXTERIOR DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El reconocimiento del ejercicio de facultades con proyección exterior a las Comunidades Autónomas constituye uno de los ámbitos que mejor expresan los rasgos de apertura y dinamismo que caracterizan nuestro modelo territorial de Estado. El desarrollo del marco constitucional prefigurado en la Constitución mostraría las dificultades iniciales para dejar establecido un sistema competencial en materia de relaciones internacionales ajustado a la dimensión y el interés autonómicos en participar en estos asuntos y cuya manifestación más clara se encuentra en el proceso de integración europea. Y es que la fórmula empleada por el constituyente en la reserva prevista en el artículo 149.1.3 CE a favor del Estado por sí sola no agotaría la competencia en materia de relaciones internacionales ni recogería las posibilidades de proyección externa de las Comunidades Autónomas expresadas inmediatamente en los textos estatutarios. Pero, junto al genérico precepto constitucional y las normas estatutarias, la acertada comprensión de la dimensión exterior de las Comunidades Autónomas se debe especialmente a los resultados de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia[1]. Pues como sucedería con otros ámbitos competenciales, la doctrina del Tribunal Constitucional resultará decisiva para eliminar la incertidumbre sobre el alcance de una competencia aparentemente excluida del marco competencial autonómico y ofrecer una interpretación ajustada al modelo de distribución del poder previsto en la *Constitución territorial*.

Como es conocido la ruptura con la concepción estática y reductiva de las relaciones internacionales como actividad del Estado desvinculada de

[1] No obstante, la jurisprudencia constitucional partirá de una posición extremadamente rígida como muestra la STC 137/1989, de 20 de julio donde se afirma que «el constituyente en un precepto de alcance perfectamente meditado e inequívoco (...) ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de relaciones internacionales» (FJ 3º). Sin embargo, los argumentos del voto particular a la STC 137/1989 y las críticas doctrinales sobre el contenido de la sentencia obligaron la redefinición de la postura del Tribunal Constitucional como muestran, entre otras, las SSTC 153/1989, 76/1991, 236/1991,79/1992, 80/1993, 165/1994. Sobre el primer pronunciamiento, *vid* Eliseo AJA, «Comentario a la STC 137/1989, de 20 de julio (colaboración entre Galicia y Dinamarca)», *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, 1990, p. 160 y ss. J. E. SORIANO, «Poder exterior y Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 25, 1989, p.. 117 y ss.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 398



su actividad interna, se produciría definitivamente con la STC 165/1994 a partir de la distinción entre las nociones relaciones internacionales y relaciones de relevancia internacional y en una especial consideración del fenómeno de integración europea. La reinterpretación del titulo competencial contenido en la regla 3ª del artículo 149.1 CE conforme al bloque de constitucionalidad obligaría a reconocer la dimensión exterior de las competencias de las Comunidades Autónomas, hasta el límite que constituye el núcleo básico de materias reservadas al Estado integrado por el ius contrahendi del Estado, la representación exterior, la dirección de la política exterior y la responsabilidad del Estado por las obligaciones contraídas en el ámbito internacional[2]. Así, desde una adecuada compresión sistemática de la reserva estatal en esta materia se incluyen aspectos concretos de las relaciones internacionales, pero no la agotan[3]. Además, la dimensión exterior que tienen algunos títulos competenciales de las Comunidades Autónomas (promoción del turismo –art. 148.1.18–, protección del medio ambiente –148.1.9 y 148.1.23– el fomento de la cultura y la investigación –148.1.17–, etc.), les otorga una capacidad de actuación externa que no podría ser asumida por el Estado sin que se alterase el sistema de distribución de competencias[4]. De modo que la quiebra de la rigidez de la interpretación inicial sobre el alcance de la reserva prevista en el artículo 149.1.3 CE venía impuesta por el propio orden constitucional de competencias.

Por otra parte, a partir de este momento se introducirían elementos nuevos en la valoración constitucional del fenómeno europeo desde la perspectiva de la forma territorial del Estado al conectar la idea de participación autonómica en este espacio, con la existencia de un ámbito material propio de actuación y con la noción de interés autonómico (STC 165/1994, FFJJ 3º y 4º). La articulación del desarrollo del proceso autonómico y la realidad del proceso de integración europea quedaría expresada en la jurisprudencia constitucional y en acuerdos entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Asuntos Europeos. Las posibilidades que ofrecía la fórmula

---

[2] Al respecto, desde un principio entre otros autores por Araceli MANGAS MARTÍN, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español,* Tecnos, Madrid, 1987, p.. 231 a 233. P. PÉREZ TREMPS, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidades Europeas,* Madrid, 1987, pp. 66 y ss. M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La acción exterior del Estado y las autonomías: desarrollos en la práctica estatutaria», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria,* 1986, Universidad del País Vasco, 1987, p. 261 y ss. J. PUEYO LOSA, «Sobre el principio y los mecanismos de colaboración entre el Gobierno central y las Comunidades Autónomas en asuntos relacionados con las Comunidades Europeas», *Revista de Instituciones Europeas,* nº 16, vol. I, p. 31.

[3] A. MANGAS MARTÍN, estimaría que si las relaciones internacionales del art. 149.1.3 CE englobasen todas las manifestaciones de la acción exterior, «si acogiera ilimitadamente con carácter exclusivo todos los aspectos que se relacionan con la competencia externa o con competencias internas en estrecha relación con el orden jurídico internacional, no habría hecho falta detallar la concreción de tales facetas» en el otros apartados del art. 149.1 CE. *Derecho Comunitario europeo y Derecho español, op. cit.* p. 219 y 221.

[4] Según el fundamento jurídico 3 de la STC 165/1994 «la dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del artículo 149.1.3 CE, que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera, se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas».

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 399



genérica del artículo 149.1.3 CE a partir de su conexión con el Titulo VIII de la CE y con el resto de normas de distribución competencial y la frecuente relación con los problemas derivados de la ejecución interna del Derecho comunitario europeo[5], permitieron relegar la inicial interpretación expansiva de la reserva estatal por una concepción más respetuosa con el reparto interno de competencias y el interés del proceso de integración europea en el desarrollo de las competencias autonómicas[6].

No obstante, pese a la claridad de los argumentos mediante los cuales la jurisprudencia constitucional contribuye a fijar los criterios básicos de la articulación entre el Estado y las Comunidades Autónomas respecto a la aplicación del Derecho europeo, aún se muestran algunos problemas pendientes. Por un lado, porque en nuestro sistema autonómico, los criterios de reparto competencial que se obtienen a partir de la *Constitución territorial* resultan en la práctica matizados por la existencia de títulos horizontales o trasversales del Estado cuya *fuerza expansiva* amplía las facultades del poder estatal en la aplicación del Derecho europeo sobre materias de titularidad exclusiva autonómica con lo que se incumple el principio de respeto a las normas de derecho interno[7]. Por otro lado, porque queda por determinar el grado de proyección exterior reconocido a las Comunidades Autónomas y en un espacio más reducido, hasta dónde alcanzan sus facultades de participación en la construcción de Europa, bien de forma directa bien en los procesos de formación de la voluntad del Estado[8]. Y es que la dimensión exterior de las competencias de las Comunidades Autónomas encuentra un marco específico en la Unión Europea cuyo desarrollo impondrá el respeto al orden constitucional de

---

[5] Sobre los problemas relativos a la ejecución del Derecho europeo *vid.* los primeros trabajos de S. MUÑOZ MACHADO, «La ordenación de las relaciones del Estado y de las Comunidades Autónomas con la Comunidad Europea», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español),* Vol. I, Civitas, Madrid, 1986, pp.624 y ss; A. MANGAS MARTÍN, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 210 y ss.; P. PÉREZ TREMPS, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1987 pp. 190 y ss, entre otros. Igualmente, sobre esto A. PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993, y D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La ejecución del Derecho Comunitario en España,* Civitas, Madrid, 1993, en especial págs. 167 y ss. Para la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de ejecución del Derecho Comunitario, *vid.* las SSTC 252/1988, de 20 de diciembre, 76/1991, de 11 de abril, 115/1991, de 23 de mayo, 236/1991, de 12 de diciembre, 79/1992, de 28 de mayo, 172/1992, de 29 de octubre y 80/1993, de 8 de marzo, entre otras.

[6] La reorientación de la interpretación del Tribunal Constitucional comienza con la STC 153/1989, (FJ 8º), reafirmándose en pronunciamientos posteriores: SSTC 17/1991, FJ 6º; STC 79/1992, FJ 1º; STC 80/1993, FJ 3º y STC 165/1994, FJ 4º

[7] Al respecto, *vid.* especialmente, J. A. MONTILLA MARTOS, «La articulación normativa bases-desarrollo al incorporar el derecho europeo en el estado autonómico», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 2, 2004. Versión http.

[8] Sobre esta cuestión, *vid.* entre otros los estudios de M. PÉREZ GONZÁLEZ (dir.) *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas,* vol.I, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994. L. ORTUZAR ANDÉCHAGA y otros, *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos,* Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995. Los números monográficos sobre la Unión Europea de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, septiembre-diciembre, 1995, y de la *Revista de Estudios Políticos*, nº 91, enero-marzo, 1996. E. ROIG MOLÉS, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos,* Institut d'Etudis Autonomics-Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 400



competencias, pero también respuestas constitucionales e institucionales y mecanismos de cooperación, colaboración y coordinación entre el Estado y los poderes territoriales respecto a las actuaciones autonómicas orientadas a participar en los asuntos europeos.

## II. EL ÁMBITO EUROPEO Y LA PROYECCIÓN DE LAS ACTIVIDADES AUTONÓMICAS

Como ha sucedido en el conjunto de los Estados europeos políticamente descentralizados, el proceso de construcción europea constituye un factor decisivo en la revisión de las relaciones entre los poderes territoriales y estatales y su articulación con las instancias comunitarias. El carácter abierto e integrador de la Constitución es concretada en un doble sentido: por un lado, como proyección hacia el exterior mediante su articulación con el fenómeno de construcción europea y la relación del ordenamiento constitucional con el comunitario y por otro lado, como sistema normativo plural integrado por la diversidad de los subordenamientos de las Comunidades Autónomas[9]. El marco constitucional se abría pues al desarrollo de dos procesos interrelacionados que «forman parte esencial de un proyecto global de transformación del Estado y de adaptación a los nuevos tiempos»[10], cuyo dinamismo y coincidencia en el tiempo en nuestro sistema[11] se muestra de nuevo en determinadas propuestas de reforma constitucional y estatutaria relativas al fenómeno de integración europea y a la mayor presencia de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos.

La indudable importancia del desarrollo de los procesos de construcción del Estado Autonómico y de la Unión Europea convierte cada vez más necesaria su recepción en el texto constitucional pues la constitucionalización de estos fenómenos supone garantizar la vigencia de la Constitución y el fortalecimiento de las garantías del funcionamiento adecuado y el respeto del conjunto del sistema constitucional[12]. Es cierto que las dificultades para abordar la reforma constitucional y de la jurisprudencia

[9] Al respecto, F. Balaguer Callejón «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003.

[10] E. Albertí, «prologo» a la obra de E. Roig Molés, *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Institut d'Etudis Autonomics-Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13.

[11] Sobre el Estado Autonómico como un proceso esencialmente «dinámico», *vid.* T. Freixes Sanjuán, en «El Estado de las Autonomías en el marco europeo: un modelo dinámico con poderes limitados», en VVAA, *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico, Jornadas sobre el Estado Autonómico: Integración y cohesión*. Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997. Igualmente, sobre el dinamismo e interdependencia del proceso de construcción del Estado Autonómico y de integración europea, E. Albertí, *Ibidem*, pp. 13 y ss.

[12] Y es que, como expone F. Balaguer Callejón, «la interacción constitucional entre los ámbitos europeo, estatal y autonómico», produce una «tendencia a la fragmentación del poder constituyente» que plantea cuestiones especialmente relevantes para el Derecho Constitucional, en «El «status»constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente» en VVAA, *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 99 y ss. en concreto, pp. 116 a 118.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 401



constitucional en su tarea de adaptación del texto constitucional respecto a la cuestión territorial y el fenómeno de integración europea se pueden disminuir por la vía de las reformas estatutarias[13]. Sin embargo, esta cuestión esencial del constitucionalismo español no debería quedar sustraída a la participación del conjunto del Estado, no debería afrontarse parcialmente por el poder de reforma estatutario, ni se satisface únicamente con respuestas institucionales en las relaciones entre las instancias estatales, autonómicas y europeas. El texto constitucional debe dar una respuesta global a la convergencia de demandas políticas, sociales y territoriales y los desafíos que plantea el proceso de construcción europea[14] que permita eliminar las deficiencias estructurales del modelo, pero sobre todo, resolver de forma coherente la cuestión del modelo de Estado.

Por otra parte, en los últimos años la dimensión de fenómeno regional en Europa ha producido una necesaria reflexión sobre el alcance de la participación de los entes territoriales en el proceso de construcción europea y de su presencia en sus ámbitos de decisión. La creación del Comité de las Regiones por el Tratado de la Unión Europea (TUE), supuso el reconocimiento institucional del protagonismo cada vez más creciente de los entes regionales y locales en Europa. No obstante, hasta la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE) firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, la presencia del principio de autonomía regional y local (art. I-5, párrafo 1) no se recoge en un texto de derecho europeo, junto a otros aspectos relativos al fenómeno regional como la incorporación de la cohesión territorial como objetivo de la Unión (art.I-3, párrafo 3º), la reformulación del principio de subsidiariedad conforme a esta línea de fortalecimiento de los entes regionales y locales (art. I-11, párrafo 3º y Protocolo de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad) o la redefinición de la composición y competencias del Comité de las Regiones como institución representativa de la autonomía regional y local (art. III-386 a 388). Así pues, la importancia del fenómeno regional en Europa se ha visto reflejada en el Tratado constitu-

---

[13] Al respecto, A. RODRÍGUEZ, en mesa redonda «El futuro de la Constitución», en Jornadas Conmemorativas del XXV Aniversario de la Constitución Española y X Aniversario del Consejo Consultivo de Andalucía. Granada 20 a 23 de octubre 2003. Pues, sucede que la apertura y flexibilidad del modelo territorial abre al poder de reforma estatutaria la posibilidad de incidir en el texto constitucional (A. D'ATENA, «Il federalismo e il regionalismo nell'esperienza europea», en L'Italia vero il «federalismo» (Taccuini di viaggio), Giuffré, Milano, 2001, p. 14), actuando como «motor de desarrollo procedimental y material del Estado Autonómico», (J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, en «Aproximación crítica a la jurisdicción contable y la Cámara de Cuentas de Andalucía», en J. CANO (Coord.), *El Parlamento de Andalucía. Órganos de extracción parlamentaria, órganos consultivos o de participación de designación parlamentaria*, Comares, Granada, 2004, pp. 242 y ss.).

[14] Porque como ha expuesto M.A GARCÍA HERRERA, «si a principios de siglo la rigidez constitucional era entendida como posibilidad para refrenar la democracia y como estabilidad frente al cambio impulsado por los partidos de clase, a finales de siglo el problema se invierte porque, de acuerdo con el signo de los tiempos, lo que hay que propiciar es la aceptación de la innovación y la interiorización del vuelco producido, aunque sea a costa de la puesta en cuestión de las señas de identidad de la Constitución». «Rigidez y Estado Social», en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (Dir.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 83 y 84.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 402



cional y, al margen de posibles ampliaciones y mejoras en un futuro, lo han dotado de mayores instrumentos y más precisos dirigidos a la participación de las regiones en diversos ámbitos del espacio europeo[15].

Este nuevo marco consagra en gran medida el desarrollo de propuestas orientadas a dotar de un mayor protagonismo de las regiones en la construcción de Europa. No obstante, la posición de las Comunidades Autónomas respecto a estas fórmulas iniciadas en el marco europeo a partir del TUE es en cierto modo inferior a la de otras regiones o estructuras descentralizadas europeas. Desde la perspectiva académica esta situación resulta llamativa pues si, conforme a la tesis del profesor Häberle, la Constitución es Cultura y el proceso de integración europea es un proceso cultural que permite no sólo revisar procesos anteriores, sino también iniciar otros nuevos, el regionalismo español constituye esa «fuerza específica» que debemos aportar en el «concierto europeo» a ese espacio público en desarrollo[16]. Conforme a esta premisa deben ser definidos los tres modos de organización vertical del poder, federalismo, regionalismo y autonomía local, como *principios estructurales del espacio constitucional europeo* que actúan como «condición del ejercicio legítimo y justo del poder del Estado» y «ofrecen grandes oportunidades para la Europa en construcción»[17].

El sistema de estructuración territorial del poder planteado desde España constituye un modelo propio de organización del poder sobre cuyas posibilidades de incidir en el espacio europeo conviene pues reflexionar, no ya sólo desde un enfoque teórico, sino desde su dimensión práctica y su proyección en la arquitectura institucional de la Unión y en los procesos de formación de la voluntad del Estado en decisiones comunitarias. Respecto a esta segunda perspectiva, algunas cuestiones pendientes sirven de ejemplo. Por un lado, a nivel interno, las respuestas para una mayor y mejor participación de las Comunidades Autónomas en los procesos de formación de la voluntad estatal en asuntos europeos se muestran aún insatisfactorias, como queda patente en el funcionamiento de las Conferencias sectoriales o los mecanismos de colaboración y coordinación en-

[15] Sobre los *logros* obtenidos por las regiones y los entes locales y las *reivindicaciones* que han que dejaría pendientes el proyecto de Constitución europea elaborado por la Convención, junto al Balance de esos resultados y el desarrollo de los trabajos, *vid.* «Las regiones en la Convención Europea», Dirección General de Cooperación al desarrollo y relaciones externas de la Generalidad de Valencia, en www.pre.gva.es/cdre/europa. Sobre la valoración del Comité de las Regiones sobre la recepción definitiva de estas cuestiones en el Tratado constitucional, *vid.* especialmente su Dictamen de 17 de noviembre de 2004, sobre el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». En, www.constitucioneuropea.as/as/comun/documentos/dictamen_comite.pdf.

[16] Para un desarrollo de la tesis de la Constitución como cultura, *vid. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, (Traduc.e introduc. E. Mikunda), Tecnos, Madrid, 2000. Sobre estos planteamiento de este autor ante el fenómeno de construcción de Europa, P. HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004, pp. 11 y ss. p. 12. Igualmente, *vid.* «La Constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la doctrina del Derecho constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 2, 2004, versión http.

[17] M. KOTZUR, «Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004, pp. 47 y ss. pp. 50 a 54.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 403



tre el Estado y las CCAA en esta materia[18]. Por otro lado, la posibilidad de que las regiones europeas participen de forma directa en el Consejo de Ministros de la Unión reducida a una cuestión interna en el Tratado de Maastricht y materializada en otros Estados descentralizados (Alemania, Austria o Bélgica) no ha encontrado una respuesta definitiva en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pese al efecto cohesionador que produce entre los diversos poderes territoriales[19].

La conveniencia de articular instrumentos en este sentido ha sido defendida por las instancias autonómicas a partir del respeto de los principios de ordenación territorial del poder y los criterios competenciales, el interés autonómico en los procesos de formación del derecho europeo. Las propuestas planteadas por las Comunidades Autónomas dirigidas a lograr una presencia directa ante las instituciones europeas, la legitimación directa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la participación en el control del respeto del principio de subsidiariedad y su redefinición desde la vertiente territorial[20], se enmarcan en el conjunto de aquellas otras de alcance más general expresadas en la Declaración de Salzburgo de noviembre de 2003 adoptada por las regiones de Europa con competencias legislativas[21] y avaladas y en definitiva, por una respetuosa y adecuada comprensión de principios y criterios vertebradores del proceso de construcción y el avance de la Unión Europea. Así deben ser formuladas y entendidas. Desde el respeto a las normas constitucionales

---

[18] Desde el principio de la diferenciación entre las relaciones internacionales del Estado y las relaciones con la Unión Europea, J. ASTOLA propondría la necesidad de distinguir la composición y obligatoriedad de los acuerdos de las conferencias sectoriales en función de los criterios de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas con el fin de conseguir una participación de las CCAA en la formación de la voluntad del Estado en asuntos europeos coherente con el modelo de distribución territorial de competencias en nuestro sistema. Al respecto, J. ASTOLA MADARIAGA «Las Comunidades Autónomas en la elaboración de la posición española ante la Unión Europea: una asignatura pendiente», en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 44, 1996, pp. 93 y ss. en concreto, pp. 103 y ss.

[19] Desde la experiencia comparada, K. NAGEL alude al efecto cohesionador en la medida en que vincula al Estado y las Comunidades autónomas a un proyecto común. En Debate sobre su ponencia «Experiencias comparadas de participación regional», en Seminario *La participación de las regiones en Europa*, Barcelona, 13 de diciembre 2001, en www.ctv.es/UNSERS/aecr/Seminari/participacionregioneseuropa.htm

[20] El artículo I-11, párrafo 3º, establece que «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». Igualmente, como se ha advertido, el «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» refuerza la posición regional en, al menos, dos sentidos: por un lado, mediante el reconocimiento de un control preventivo a los Parlamentos regionales con la incorporación del mecanismo de «alerta rápida» por incumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

[21] Con el título «Una Constitución para Europa: Responsabilidad y nuevas oportunidades para las Regiones con Poder Legislativo», la Cuarta Conferencia de los Presidentes de Regiones con Poder Legislativo, celebrada los días 11 y 12 de noviembre de 2003, adopta la Declaración de Salzburgo, donde se destacan los principales avances del Proyecto de Constitución como aspectos básicos de la redefinición de la posición de las regiones en Europa, así como la necesidad de establecer nuevos mecanismos jurídicos y ámbitos de actuación dentro de los Estados y una mayor coordinación con un Comité de las Regiones más fortalecido.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 404



internas de distribución competencial de cada Estado como criterio básico en las relaciones entre la Unión y los poderes estatales y territoriales[22], el cumplimiento de los principios de cooperación, coordinación y lealtad mutua y la idea de fortalecer la democracia, la transparencia, la eficacia y rapidez en la «Europa de los ciudadanos»

## III. LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La proyección exterior de la Comunidad Autónoma de Andalucía aparece marcada inevitablemente por la reinterpretación del marco constitucional en materia de relaciones internacionales y por el desarrollo del proceso de construcción de la Unión Europea. El marco constitucional y estatutario sobre las facultades de proyección externa de las actuaciones autonómicas estaría determinado pues por el juego de las materias excluidas de la reserva estatal prevista en el artículo 149.1.3 CE y la reserva prevista en el artículo 23 del EAA. La dimensión exterior de las competencias autonómicas aparecerán expresadas en el texto estatutario como una consecuencia del reconocimiento del pluralismo territorial a partir del cual sólo es posible comprender las previsiones estatutarias[23] que como ésta, reconocen: a) el derecho de información de la Comunidad Autónoma sobre la celebración de tratados y convenios internaciones o proyectos de legislación aduanera que afecten a materias de su interés (art. 23.1 EAA); b) la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales que afecten a materias de su competencia (art. 23.2 EAA) y c) la facultad de instar al gobierno para la celebración de tratados o convenios internacionales con países de recepción de emigrantes andaluces o con los que la Comunidad Autónoma mantenga especiales vínculos culturales o históricos (arts. 23.3 y 72.3 EAA). Junto a estas facultades, la dimensión exterior de las actividades y de la Comunidad Autónoma alcanza otros ámbitos mediante los cuales las competencias autonómicas pueden proyectarse fuera de España, no sólo como manifestaciones de la facultad de promoción turística, cultural o comercial externa de la Comunidad Autónoma, como las visitas oficiales de autoridades andaluzas a otros países o los proyectos de cooperación con otras regiones o Estados extranjeros[24], sino como

---

[22] Ahora recogido en el artículo I-5, párrafo 1º del TCE donde se establece expresamente que «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y territorial. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional».

[23] En este sentido advertido por M. J. Terol Becerra, en Primera parte, cap. III, «La dimensión supraestatal de la Comunidad Autónoma Andaluza», en A. Porras Nadales y J.J. Ruíz-Rico (Dir. y Coords), *El Estatuto de Andalucía, Estudio sistemático,* Ariel, Barcelona, 1990, pp. 68 y ss, p. 70.

[24] Algunos ejemplos sobre el ejercicio concreto esta facultad por parte del ejecutivo andaluz y su seguimiento parlamentario desde 1997, *vid.* I. G. Burkhardt Pérez, «La contribución del Parlamento de Andalucía a la acción exterior de la Comunidad Autónoma. Referencia a la V y VI Legislaturas», en

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 405



expresión de una acción exterior de sus competencias compatible con el poder exterior del Estado[25]. Y es que, como ha sido recogido en las Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, «la mundialización de los espacios económicos y comerciales (...) los fenómenos migratorios y el diálogo permanente entre las diversas culturas, requieren nuevas e imaginativas respuestas» respaldan iniciativas autonómicas orientadas a realizar actividades de cooperación exterior con otros países o «territorios de actuación preferente» como Iberoamérica o los países del Mediterráneo, la formalización de acuerdos o convenios interregionales o transfronterizos con regiones o comunidades vecinas o la adopción de mecanismos de colaboración con determinados territorios[26].

En todo caso, el grado de proyección exterior de las competencias andaluzas se muestra particularmente relevante respecto al ámbito europeo, cuya incidencia sobre las competencias de la Comunidades Autónoma y su responsabilidad sobre un grueso importante de las políticas europeas incrementa el interés en su correcta definición. El principio europeo de atribución competencial como criterio básico en la delimitación de las competencias entre los Estado y la Unión, junto a la exigencia de respeto a la «identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales y constitucionales» (artículo I-5 TCE) y los principios de cooperación leal y de subsidiaridad respecto al ejercicio de las competencias establecen la posición de la Comunidad Autónoma en el marco europeo. El lento y tímido proceso de articulación de la participación andaluza en la Unión Europea[27] apenas apuntado en el texto estatutario respecto a la ejecución del derecho europeo, se torna ahora en propuestas congruentes con el interés y la responsabilidad que corresponde a las regiones en la construcción de la integración Europea. En esta línea, la *Propuesta de Posición* «Andalucía y el Futuro de Europa» fruto del trabajo realizado por el Foro Andalucía y el Futuro de Europa analiza los principales aspectos del interés de la Comunidad Autónoma en el proceso de construcción de la Unión para, como expresamente reconoce, provocar nuevas aproximaciones y perspectivas ante el fenómeno europeo[28]. El

---

J. CANO BUESO (Coord.), *El Parlamento de Andalucía. Órganos de extracción parlamentaria. Órganos consultivos o de participación de designación parlamentaria*. Parlamento de Andalucía, Granada, 2004, pp. 227 y ss, pp. 234 y ss.

[25] Respecto a esas actividades autonómicas con proyección exterior, el Tribunal Constitucional afirmaría que «lo decisivo para su inclusión en la competencia autonómica será, junto a la efectiva existencia de la atribución competencial estatutaria, que, por una parte, no incida en la reserva estatal arriba expuesta, y por otra, que no la perturben o condicionen» (STC 165/1994, FJ 6º).

[26] Preámbulo y Base décima 7, 8 y 9 de las Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, de 16 de diciembre 2003, en www.andalucíajunta.es

[27] Sobre los principales instrumentos de articulación institucional de la dimensión europea de las competencias de la Comunidad Autónoma, *vid.* I. SZMOLKA VIDA, «Andalucía en la Unión europea: principales instrumentos de participación institucional de la Comunidad autónoma andaluza en los asuntos relacionados con la Unión Europea», en F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *El sistema de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Comares, Granada, 2003, pp. 479 y ss.

[28] Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 25 de febrero de 2003, se crea el Foro Andalucía y el Futuro de Europa, con el fin de «impulsar el análisis y coordinación de

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 406



creciente interés autonómico en la experiencia europea y la notable incidencia de las políticas europeas en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma quedan expresados como presupuestos básicos de una posición que se enmarca en el contexto de las transformaciones del espacio europeo y de redimensión de su fenómeno regional.

Así, en el marco de este proceso de redefinición de las regiones como sujetos importantes para el futuro de la construcción de la Unión Europea resulta aconsejable la incorporación de las regiones y entes locales como actores en el principio de cooperación leal que, pese a no ser recogida finalmente en el Tratado constitucional, era ciertamente coherente con su dimensión real en el espacio europeo y con el modelo de gobierno multinivel que exige mayor eficacia y transparencia en los procesos decisorios[29]. Por otra parte, como región europea con importantes facultades de gobierno y competencias legislativas, resulta positiva la introducción de un catálogo de competencias de la Unión en el TCE[30] como medida delimitadora y limitadora de las competencias de la Unión y protectora de las competencias de los Estados miembros y, en su caso, de los poderes territoriales. En este contexto, conviene enmarcar las propuestas relativas a la redefinición de la posición de la Comunidad Autónoma como región con competencias legislativas orientadas a incrementar su participación directa ante las instituciones europeas, así como en los procesos de formación de las decisiones que afecten a sus intereses y a su ámbito de competencias conforme las normas de distribución competencial. La Propuesta andaluza recogerá algunos extremos coincidentes y reivindicados desde la perspectiva regional por otras Comunidades Autónomas y regiones europeas con competencias legislati-

---

propuestas que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, puedan redundar positivamente en el desarrollo político, social y económico de Andalucía». Como resultado el Foro coordinado por el profesor D. Liñan Noguera, presentará un Texto de Posición Definitivo articulado en cincuenta posiciones concretas divididas en cuatro partes: I. «Andalucía en Europa», II. «Principales propuestas de reforma de la Unión Europea», III. «La articulación del poder regional y la reforma de la Unión Europea» y IV. «Las dimensiones europeas de Andalucía», a partir del cual se pretende establecer «las bases de un posible discurso andaluz sobre su dimensión europea» que identifiquen sus intereses y los instrumentos para su defensa. Al respecto, *vid.* «Foro Andalucía y el Futuro de Europa», *Texto de posición definitivo*, en andalucia.junta.es/foroandalucia-europa/documentación/index.pdf

[29] Con estos argumentos, la Propuesta de Posición «Andalucía y el Futuro de Europa», elabora una propuesta concreta de modificación del texto del art. 5.2 del Proyecto de Tratado Constitucional redactado por la Convención, conforme a la cual establecía que «En virtud del principio de cooperación leal, la Unión, los Estados miembros, las regiones y entidades locales se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución». «Foro Andalucía y el Futuro de Europa», *Texto de posición definitivo, op. cit.*, p. 21.

[30] El texto de la *Propuesta* se refiere al aún Proyecto de Tratado presentado por la Convención Europea. No obstante, el sistema de clasificar las competencias de la Unión se ha mantenido en el texto final del Tratado constitucional con un esquema similar. Así, tras una clasificación general de las competencias (art– I-12 TCE), se distinguen los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión (art. I-13 TCE), los de competencia compartida con los Estados miembros, entre los cuales se incluye la competencia en materia de cohesión económica, social y territorial, (art. I-14 TCE), la coordinación de la Unión en las políticas sociales y de empleo de los Estados miembros y la adopción de medidas que impliquen orientaciones generales en las políticas económicas (art. I-15 TCE), las competencias de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común (art. I-16 TCE) y los ámbitos de las acciones de apoyo, coordinación o complemento (art– I-17 TCE).

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 407



vas[31], algunos de los cuales como ya ha sido advertido, han sido finalmente incorporados al Tratado constitucional: a) consulta previa por parte de la Comisión respecto de las iniciativas legislativas que afecten a su ámbito de competencias como exigencia del respeto al principio de autonomía, b) participación autonómica en las sesiones del Consejo de Ministros como parte de la delegación nacional e integradora de los intereses del conjunto de las Comunidades Autónomas, cuando los asuntos afecten a sus competencias, c) legitimación activa ante el Tribunal de Justicia, d) incorporación del parlamento autonómico junto al parlamento nacional en los procesos de decisión, e) participación en el procedimiento de control del principio de subsidiariedad mediante el procedimiento de «alerta rápida» y el recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia.

Así pues, junto a la responsabilidad que corresponde a la Comunidad Autónoma respecto a la aplicación del derecho europeo, cuyo cumplimiento puede plantear en ocasiones situaciones extrañas a los principios y criterios vertebradotes del sistema normativo[32], se exige una adecuada articulación de la participación de la Comunidad Autónoma en los procesos de formación de las decisiones europeas y su presencia ante las instituciones europeas. La proyección europea de las competencias de la Comunidad Autónoma y la incidencia del desarrollo de las políticas europeas sobre un importante número de materias de su ámbito de competencias aconsejan por tanto, no sólo un reflejo en el texto estatutario cuya necesidad aparece recogida en las Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía[33], sino también una paralela reformulación de los mecanismos de participación en el espacio europeo que permita realizar políticas autonómicas propias y coherentes con su identidad regional y su contexto social y político en el marco constitucional que resulta de la integración y relación de los ordenamientos autonómico, general del Estado y europeo.

---

[31] Sobre estas propuestas y los argumentos aportados para la defensa de un estatus especial para las regiones con competencias legislativas *vid.* «Foro Andalucía y el Futuro de Europa», *Texto de posición definitivo*, *op. cit.* pp. 23 a 29.

[32] En este sentido, resulta especialmente llamativas las consecuencias que produce sobre el sistema de gobierno y el principio de legalidad, la aplicación del derecho europeo por la Administración Pública atendiendo a los criterios aportados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la eficacia directa y la primacía del derecho comunitario. Al respecto, *vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Primacía del Derecho comunitario y administración andaluza», en F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *El sistema de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía/Comares, Granada, 2003, pp. 95 y ss.

[33] El proceso de construcción de la Unión articula gran parte de las Bases para la Reforma del Estatuto, ya sea con carácter general respecto a la voluntad de la Andalucía de contribuir activamente en la construcción de una Europa democrática y social (Preámbulo), ya sea con propuestas concretas respecto a su participación en los procesos de formación de las decisiones en las instituciones europeas, de forma directa o mediante la representación del Estado, a su competencia en materia de aplicación y ejecución del derecho europeo o a la garantía de su presencia en la representación española ante el Consejo de Ministros «cuando se traten asuntos de su exclusiva competencia» o, su presencia directa ante las instituciones europeas «en defensa y promoción de sus intereses y para favorecer la necesaria integración de las políticas autonómicas con las estatales y las comunitarias». (Base décima. 2, 3 y 5). En Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, de 16 de diciembre 2003, en www.andalucíajunta.es.

11397-408-Estado autonómico53 15/10/05 10:18 Página 408

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 409

# LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL SENADO ANTE LA UNIÓN EUROPEA

**Josu de Miguel Bárcena**[1]
*Becario Predoctoral*
*Universidad País Vasco*

**1.** Después de veinticinco años de inestimable servicio a la consolidación de la causa democrática en España, la Constitución se apresta para ser reformada por segunda vez desde que fuera promulgada en 1978. Al contrario que la primera vez, cuando fue puntualmente modificada para que pudiera ratificarse el Tratado de Maastricht, parece que la reforma que actualmente se postula puede tener un alcance más general: se pretende constitucionalizar y hacer más eficaz el Estado de las Autonomías, dotar a la Carta Magna de una cláusula que permita una recepción más flexible del fenómeno comunitario, introducir criterios de igualdad en la sucesión a la Jefatura del Estado y por último, reformar el Senado para hacerla una cámara de representación territorial de carácter autonómico.

Nuestra comunicación versará fundamentalmente sobre esta última cuestión. Sin embargo, en la medida en que seguramente serán otras voces más autorizadas las que abordarán el asunto de una manera más profunda y comprehensiva, nuestro estudio tratará fundamentalmente de evaluar la conveniencia de reformar constitucionalmente el Senado para los asuntos relacionados con la Unión Europea (en adelante UE). En cierta forma, el Senado ha aparecido en buena parte de la doctrina, durante los últimos años, como un vinculo institucional entre la descentralización del Estado y el proceso de integración europea. Un Senado autonómico permitiría la recuperación de la iniciativa política y legislativa de las Comunidades Autónomas a tenor del sistema competencial constitucionalmente reconocido, iniciativa que por otro lado han ido arrogándose de forma generalizada, incluso allí donde no se les reconocía, los ejecutivos de los Estados miembros en el marco de las instituciones europeas.

En cualquier caso, como trataremos de demostrar a continuación, la reforma constitucional del Senado ante la UE, no puede sujetarse únicamente a los condicionantes de índole interno, sino que en pos de criterios de eficacia política, debe de tener en cuenta la capacidad de penetración del orden constitucional comunitario, la naturaleza de sus instituciones y las dimensiones constitutivas de su proceso político, en fin, una perspectiva externa que

---

[1] Josu de Miguel Bárcena es becario predoctoral en el marco del programa para la formación de investigadores del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, adscrito al Departamento de Derecho Constitucional e Historia de la Teoría Política de la Universidad del País Vasco/EHU. E-mail: cjbdebaj@lg.ehu.es

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 410



amplía la lógica confinada con la que ha actuado históricamente el Poder de reforma, que en cierta forma se separa cada vez más tanto de la influencia del Poder constituyente, como del Poder constituido. La presente comunicación se divide en cuatro partes diferenciadas. En la primera trataremos de explorar las necesidades internas que dotan de sentido a la reforma constitucional del Senado. En la segunda abordaremos, a través de la dimensión constitucional comparada, los modelos institucionales que permiten participar en los asuntos europeos, en sus diferentes aspectos de realización, a los entes subestatales de Bélgica, Alemania y Austria. A continuación, describiremos de manera breve y concisa los elementos más representativos del contexto institucional de la UE, que consideramos han de tenerse en cuenta a la hora de plantear cualquier forma de participación de las Comunidades Autónomas en asuntos comunitarios. Con estos antecedentes, en último lugar, estimaremos la conveniencia de reformar constitucionalmente el Senado para asuntos de la UE, o el de adoptar un modelo singular de relaciones institucionales al respecto.

**2.** En un sentido general, la reforma constitucional es un mecanismo de adaptación de las normas constitucionales a la realidad política y, por ello mismo, de defensa intrínseca del texto constitucional[2]. Teniendo en cuenta esta máxima, se trata en un primer término de analizar el discurso político y científico, para intentar comprender *a priori* cuáles son las necesidades internas que dotan de sentido a una eventual reforma constitucional del Senado. En nuestra opinión, la reforma constitucional del Senado estaría destinada a satisfacer dos tipos de exigencias, una política y otra funcional, que a menudo aparecen como intercambiables y en cierta forma consecutivas, a saber: la concreción definitiva del modelo de Estado y la articulación práctica de los diferentes niveles de intervención política reconocidos en la Constitución, tanto desde una perspectiva horizontal como vertical.

Tales exigencias no pueden resultar, desde luego, intercambiables, a tenor de las posibles consecuencias jurídicas que en la Ley Fundamental tendría una reforma constitucional en uno u otro sentido. Vayamos en primer lugar con la cuestión referente a la forma o modelo de Estado.

Es un hecho comúnmente aceptado que la Constitución de 1978 no define una forma concreta de Estado en cuanto a su dimensión territorial[3]. La descentralización del Estado ha sido posible gracias al ulterior desarrollo político de las dimensiones estructurales y dispositivas contenidas en la constitución territorial, que bajo la denominación autonómica, ha permitido configurar las relaciones de poder del Estado a través de un proceso de expansión política de innegable carácter federal[4]. En cualquier caso,

---

[2] Por todos, la perspectiva elaborada por DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la Problemática del Poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

[3] CRUZ VILLALÓN, P.: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 381-384.

[4] RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: «Sobre la naturaleza del Estado de las autonomías», *Revista de Estudios Políticos*, nº 81, 1993, pp. 73-102.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 411



el proceso de descentralización del Estado se ha llevado a cabo a través de unas reglas jurídicas y políticas no siempre objetivas y en un contexto de permanente renovación ideológica, lo que ha provocado que el cuadro resultante tenga en numerosos aspectos un carácter errático, entre ellos, quizá el más destacado, el de configurar un sistema constitucional territorial con una cierta tendencia a la desigualdad, lo que le expone, desde luego, a potenciales crisis de legitimidad[5].

En cualquier caso, como resultado de todo lo anterior, el principio territorial o autonómico se presenta en la actualidad como un elemento estructural del Estado. Por esta razón, en la formación de su voluntad normativa debería manifestarse de alguna manera, la voluntad de las Comunidades Autónomas en su conjunto. Como se sabe, el Senado fue concebido por nuestro Poder constituyente como una cámara territorial, que, sin embargo, atendiendo a su naturaleza, debía cumplir la misión de limitar los excesos del Congreso de los Diputados[6]. Así las cosas, nos encontramos que al contrario de lo que desde un planteamiento puramente especulativo se pudiera afirmar, el Senado español es una cámara territorial que no cumple con la función de inordinación que se le presupone, esto es, la de articular junto a la representación del pueblo como unidad, la representación de los miembros político-territoriales que forman el conjunto, las Comunidades Autónomas.

Desde esta perspectiva de conjunto, hay cierta tendencia a pensar, tomando en consideración el federalismo teórico que apunta como criterio fundamental para distinguir el Estado federal del unitario, la participación de las colectividades – miembros en la formación de la voluntad del Estado a través de una cámara donde los Estados miembros envían a sus representantes[7], que la concreción del Estado de las Autonomías en un Estado federal vendría determinado por la reconversión del actual Senado en una cámara territorial que por sus funciones, naturaleza y composición, cumpliese de igual forma la misión de hacer converger la voluntad del Estado y de las Comunidades Autónomas[8].

Sin ánimo de extendernos en demasía, esta consideración, de gran calado, requiere dos puntualizaciones elementales. En primer lugar, el federalismo contemporáneo escapa por completo de concepciones en (o de)

---

[5] GARCÍA HERRERA, M. A.: «Estado, Comunidades Autónomas y Derechos Sociales: relaciones y tendencias», *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 8, 2002 y BALAGUER CALLEJÓN, F.: «La constitucionalización del Estado Autonómico», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 9, 1997.

[6] VISIEDO MAZÓN, F. J.: *La reforma del Senado: Territorialización del Senado. Comisión General de las Comunidades Autónomas*, Temas del Senado, Madrid, 1997, pp. 157-162.

[7] Por todos en este sentido, MOUSKHELY, M.: *Teoría jurídica del Estado federal*, Aguilar, Madrid, 1931, pp. 279-329 y VERGOTTINI, G. DE: «La distribución territorial del poder político», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 16, 1986, p. 64.

[8] De forma general, recomendamos ver TRUJILLO FERNÁNDEZ, G.: *Lecciones de Derecho Constitucional Autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 108-113.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 412



principio estáticas[9]. El despliegue del principio federal en el marco del Estado u otras organizaciones políticas como la Unión Europea, no depende en ningún caso de su propia institucionalización, más bien en el consenso previo de un modelo singular de relaciones entre los participantes en la vida pública en general, que posteriormente se precipita en el establecimiento de una dialéctica constitucional entre el todo y las partes a la hora de ejercer el poder político[10]. Así lo confirma, desde luego, la heterogénea evolución de las diferentes cámaras altas en el Derecho constitucional comparado, donde los senados con una auténtica vocación territorial, como es el caso de Alemania y parcialmente Estados Unidos, aparecen como residuos contractualísticos de una etapa confederal previa plenamente superada[11]. En segundo lugar, parecería un error pensar que la concreción o reforma del modelo de Estado pueda realizarse a través de una reforma constitucional o institucional. No es el momento, desde luego, para entrar a discernir los posibles límites materiales de la reforma de la Constitución de 1978. En cualquier caso, una reforma constitucional que sobredimensionase el principio federal o autonómico con respecto al democrático, como lo sería en nuestra opinión el reconstruir un Senado tipo consejo confederal, podría poner en peligro la necesaria continuidad entre Poder constituyente y Poder constituido, en la medida en que el principio autonómico no tiene en la Constitución de 1978 un carácter superestructural, como si lo tiene por el contrario el democrático[12].

Al comienzo del epígrafe, señalábamos que otra de las exigencias o necesidades que dotan de sentido la reforma constitucional del Senado, tenía una lectura funcional. Ante la debilidad de las relaciones intergubernamentales como método idóneo para articular el Estado Autonómico, ante una hipotética disociación de voluntades entre la instancia central y la periférica, una gran parte de la doctrina asume que el Senado debería de convertirse en la institución que impulse la integración de las Comunidades Autónomas en la red legislativa y jurisdiccional del Estado[13]. Se pretende así que las Comunidades Autónomas participen activamente en la aprobación de las leyes que afecten en algún grado sus competencias

---

[9] Friedrich, C.J.: *Études sur le fédéralisme,* Movement Fédéraliste Européen, Paris, 1960, pp. 21-22 y Nicolaidis, K. y Howse, R. ( Eds. ): *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union,* Oxford University Press, Oxford, 2001

[10] Bajo el influjo de la idea de Poder constituyente; al respecto Ruipérez Alamillo, J.: «Sobre la naturaleza del Estado de las autonomías», *op. cit.* y Elazar, D.J.: «From Statism To Federalism: A Paradigm Shift», en *Publius: The Journal of Federalism,* Vl. 25, nº 2, 1995.

[11] LA Pergola, A.: *Los nuevos senderos del federalismo,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 y Portero Molina, J. A.: «Contribución al debate sobre la reforma del Senado», *Revista de Estudios Políticos,* nº 87, 1995, pp. 85-98

[12] Así lo demostraría, en cualquier caso, el desigual poder funcional entre el Congreso de los Diputados y el Senado, reconocido en la Constitución; Cabo Martín, C. de: *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho,* Trotta, Madrid, 2003, pp. 71-89.

[13] Aja, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales,* Alianza, Madrid, 2003, pp. 247 y ss. y Arbós, X.: «El Senado: marco constitucional y propuestas de reforma», *Revista de las Cortes Generales,* nº 24, 1991, pp. 8-33.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 413



normativas y ejecutivas y en el nombramiento de los miembros de los altos órganos del Estado. Ambas medidas contribuirían a disminuir la alta conflictividad derivada del ejercicio del poder central y autonómico[14], así como a dotar de una mayor legitimidad del sistema constitucional ante los desafíos planteados desde los nacionalismos periféricos[15].

De igual modo, un Senado de naturaleza autonómica permitiría una mayor concurrencia entre las propias Comunidades Autónomas desde una perspectiva horizontal, cobrando sentido pleno así los principios constitucionales de cooperación y colaboración. La participación de representantes de éstas en un foro permanente favorecería el intercambio sistemático de información, la promoción de convenios y el fomento de un diálogo continuado para resolver problemas comunes, en fin, daría la oportunidad de articular con un mayor grado de efectividad, los principios de unidad, autonomía y solidaridad incluidos en la Constitución de 1978[16].

A continuación vamos a tratar, de forma separada, aunque se pueda incluir dentro de esta misma lógica funcional, una de las cuestiones que en los últimos años aparece como fuerza motriz, entre la doctrina y la clase política, para reformar constitucionalmente el Senado. Nos referimos a la posibilidad de que éste se convierta en el foro institucional donde las Comunidades Autónomas incidan en la voluntad del Estado ante la UE, articulen una posible participación directa en las instituciones comunitarias o tengan un mayor acceso a la información que el Estado maneje en el ejercicio de sus funciones en el marco comunitario. En un primer momento, analizaremos someramente el sistema que funciona en la actualidad, en segundo lugar llevaremos acabo un examen comparado de otros Estados compuestos de la UE, y por último, apuntaremos en qué medida la reforma constitucional del Senado tiene que tener en cuenta la dimensión institucional europea para que no pierda el sentido inicial que la motivó.

**3.** Como hemos señalado anteriormente, la transformación funcional y orgánica del Senado, suele vincularse con la necesidad de establecer un sistema de codecisión entre las Comunidades Autónomas y el Gobierno central en el momento de formular la voluntad del Estado con respecto a la UE. Atendiendo al grado de penetración que el sistema político europeo tiene en la vida de los Estados miembros, esta afirmación no se percibe como una pretensión política o partidista, sino como una obligación constitucional. El derecho comunitario ya no puede situarse en la esfera

---

[14] En cuanto a la evolución de la conflictividad jurisdiccional entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ver ROURA, S.: *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pp. 77 y ss.

[15] Sobre las posiciones del nacionalismo periférico con respecto a la reforma constitucional del Senado, ver TRUJILLO FERNÁNDEZ, G.: «Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado», *Documentación Administrativa*, nº 232-3, 1993, p. 116.

[16] Que dicho sea de paso, aún no ha sido de lejos conseguido; al respecto TAJADURA TEJADA, J.: *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares, Granada, 2000.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 414



de las relaciones internacionales clásicas, que según la Constitución (art. 149.1.3) son competencia exclusiva de los órganos centrales del Estado[17]. Las tareas de los poderes públicos y el derecho que rige la conducta de los ciudadanos, no derivan ya simplemente de mandatos constitucionales. Las normas, instituciones y el proceso político comunitario se entrelazan con los poderes del Estado en relaciones diversas, desplazando con frecuencia el acervo estatal y dejando sin valor material diversos preceptos constitucionales: a partir de la consolidación del proceso de integración y en los términos propuestos por una realidad jurídica recíproca, cada Constitución estatal deviene de este modo un ordenamiento parcial en el seno de una liga o sistema constitucional europeo[18]. Se puede deducir, en sentido contrario, que la Unión y el derecho que de ella emana es también parte del sistema constitucional de los Estados miembros, a los que sin duda dota de una dimensión comunitaria[19].

Si tenemos en cuenta esta realidad constitucional, y la enfrentamos con el devenir del Estado Autonómico, la problemática, desde la perspectiva interna, queda así planteada: una monopolización de los instrumentos de la formación de las decisiones comunitarias por parte del Gobierno central, terminaría por fulminar el equilibrio constitucional de distribución de poderes entre las Comunidades Autónomas y el Estado[20]. Dicho de otra forma, si no se adecuan canales de participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de la posición de España en la UE, el proceso de integración comunitaria podría terminar operando una mutación constitucional, al promover un fortalecimiento del poder ejecutivo central en aquellos ámbitos que han sido transferidos en diferentes categorías de competencias a las Comunidades Autónomas[21]. En la actualidad, el Estado cuenta con dos sistemas para que el Gobierno tenga en cuenta la posición de las Comunidades Autónomas con respecto a asuntos comunitarios, uno de carácter multilateral y otro bilateral.

**a)** Las conferencias sectoriales son órganos multilaterales de carácter vertical, encargados de desarrollar el principio de cooperación entre el

---

[17] Una perspectiva crítica de este enfoque en Remiro Brotoms, A.: *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 234.

[18] Pernice, I. y Mayer, F.C.: «De la constitution composée de l´Europe» en *Revue trimestrielle de droit européen*, 36 ( 4 ), oct.-dic. de 2000 y López Pina, A. y Gutiérrez Gutiérrez, I.: «Preservación de la Constitución, reforma de los Tratados», en *Civitas Europa*, nº 7, septiembre de 2001, p. 74.

[19] Pérez Calvo, A.: «La dimensión comunitaria del Estado en Europa occidental», *Civitas Europa,* nº 1, 1998, pp. 19-33.

[20] Muñoz Machado, S.: *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea,* Civitas, Madrid, 1986, p. 68 y Eugenio Soriano, J.: *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 185 y ss.

[21] Desde luego, éste es un problema que afecta por igual a todos los Estados compuestos de la Unión y que se puede insertar en la lógica de las nuevas relaciones internacionales desarrolladas bajo el fenómeno de la globalización; Evans, A.: «Regionalist Challenges to the EU Decision-Making System», *European Public Law*, Vl. 6, nº 3, 2000, p. 378 y Moravcsik, A.: «Taking Preferences Seriously: A liberal Theory of International Politics», en *International Organization*, Vl.51, nº 4, Otoño de 1997, pp. 513-553.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 415



Estado y las Comunidades Autónomas[22]. En el caso de los asuntos comunitarios, la Ley 2/97, de 13 de marzo, institucionaliza la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (en adelante CARCE )[23]. La CARCE está integrada por el Ministro de Administraciones Públicas y por los Consejeros de las Comunidades responsables de los asuntos comunitarios. Aparte de sus propias funciones para articular la participación de las propias Comunidades Autónomas –información, procedimientos para transmitir la opinión de éstas frente al Estado– le corresponde el impulso y seguimiento de las diferentes Conferencias Sectoriales en las políticas comunitarias que puedan afectar a las competencias de las Comunidades Autónomas, donde su grado de intervención varía según las competencias que el ente autonómico disponga sobre la materia a negociar en el Consejo de la UE. El resultado de las Conferencias Sectoriales y la CARCE en particular no ha sido, desde luego, el deseado: al día de hoy siguen siendo un instrumento meramente político, en manos del talante del ministro de turno, los intereses partidistas y mediatizadas por el escaso valor jurídico de los acuerdos alcanzados en las mismas. De todo ello se deduce que al final su utilidad no ha sido la que se le presuponía: teniendo que ser órganos de codecisión o cooperación, finalmente se han convertido en meros instrumentos de colaboración entre las Comunidades Autónomas y el Estado[24]. Debido a la experiencia de las comisiones mixtas de traspasos, la tradicional colaboración entre el Gobierno y las diputaciones provinciales o por la fácil relación entre el Ministro y el Consejero del mismo partido, algunas Comunidades Autónomas han preferido los instrumentos de carácter bilateral para tratar de incidir en la posición del Ministro en el seno del Consejo de la UE.

**b)** Las comisiones bilaterales han sido el instrumento preferido por el País Vasco y Cataluña para cooperar con el Estado en asuntos comunitarios. La diferenciación estatutaria y nominal que establece la Constitución entre nacionalidades y regiones hace que los órganos de base multilateral e igualitaria no parezcan los adecuados para articular la participación interna de las Comunidades Autónomas en la elaboración de las decisiones comunitarias, ni para posibilitar la presencia directa de las mismas en la toma de decisiones del Consejo de la UE[25]. Así las cosas, el 30 de no-

---

[22] CORCUERA ATIENZA, J.: «La participación intergubernamental sectorial en el sistema autonómico español: Las Conferencias Sectoriales», en PÉREZ CALVO, A. (coord.): *La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado*, Tecnos, Madrid, 1996.

[23] Boletín Oficial del Estado, nº 64, de 15 de marzo de 1997, que deroga el Acuerdo de 30 de noviembre de 1994, por el que se creaba la CARCE, publicado en forma de resolución de 10 de marzo de 1995, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales en el BOE, nº 69, de 22 de marzo de 1995.

[24] ASTOLA, J.: «La voluntad de España en la Unión Europea: ¿Participación o codecisión de las Comunidades Autónomas?», *Civitas Europa*, nº 8, 2002, pp. 204 y ss. y AJA, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales, op. cit.*, pp. 242-244.

[25] BULLAÍN, I.: *Las regiones Autónomas de la Comunidad Europea y su participación en el proceso de integración*, IVAP, Oñati, 1990, p. 202 y CASTRO RUANO, J. L. De: *La emergente participación política de las Regiones en el proceso de integración europea*, Oñati, IVAP, 1994, p. 207.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 416



viembre de 1995 se constituyó la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, siendo de 30 de junio de 1998 la homónima correspondiente a Cataluña. Sin embargo, en nuestra opinión, el recurso a la bilateralidad plantea serios problemas de legitimidad, al fin y al cabo, las decisiones que el representante del Estado acuerde en el seno del Consejo de la UE, obedeciendo a los intereses del País Vasco o Cataluña, terminan por afectar al Estado por completo, de ahí que en principio, la formación de la voluntad convenga ser concertada y confrontada con los intereses parciales del resto de las Comunidades Autónomas[26].

Quizá teniendo en cuenta las insuficiencias del modelo actual, la doctrina y los profesionales de la política han establecido una relación estrecha entre la reforma del Senado y los asuntos de la UE: un Senado transformado en una auténtica cámara de representación autonómica permitiría una correcta ubicación de las Comunidades Autónomas frente al fenómeno institucional comunitario[27]. Sin embargo, somos partícipes de la opinión de que tal posibilidad requiere una previa reflexión técnica y política que no solamente tenga en cuanta las exigencias de reforma internas, sino los condicionamientos del proceso político que tiene lugar en la UE y el Derecho constitucional comparado.

**4.** Los Estados miembros compuestos de la UE han encontrado soluciones diversas para encauzar la participación de los entes regionales en los asuntos europeos. Teniendo en cuenta los sistemas de descentralización política similares al español dentro de la UE, como es el caso de Alemania, Austria y Bélgica, a continuación llevaremos a cabo un acercamiento que nos permita realizar algunas generalizaciones sobre los mismos, a partir del estudio de tres variables de interpretación: la naturaleza política del órgano en el que las regiones participan en la formación de la voluntad del Estado para la UE, su composición y el modelo de adopción de decisiones[28].

En todos los casos analizados, los órganos en los cuales se elaboran las decisiones de las entidades subestatales a los efectos de participar en cuestiones europeas representan de forma efectiva a los gobiernos, no a los parlamentos de dichas entidades. Tienen, por lo tanto, un eminente perfil ejecutivo. Tras la reforma constitucional de 1992, el *Bundesrat* alemán se ha convertido en la institución en la que los *Länder* articulan sus

---

[26] Muñoz Machado, S.: *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea, op. cit.,* p. 89-90.

[27] Aja, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales, op. cit.,* p. 244; Leguina Villa, J.: «La reforma del Senado y los hechos diferenciales», *Revista de Administración pública,* nº 143, 1997, pp. 17 y ss. y desde la política, ver «Las opiniones de los Portavoces de los Grupos Parlamentarios en la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado», en Aja, E. (Dr.): *Informe Comunidades Autónomas, 1993,* Vl. 1, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1994, pp. 581 y ss.

[28] Tomamos en este caso, el modelo establecido por Carreras Serra, F. de: «Las funciones del Senado y las participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea», en VVAA: *Ante el futuro del Senado,* Generalitat de Catalunya, Institut d´Estudis Autonòmics, Barcelona, 1996, p. 474.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 417



posiciones con respecto a la UE en aquellos aspectos que son de su propia competencia. En Austria, sin embargo, la participación de los Länder en asuntos comunitarios no discurre a través del Senado, sino en el marco de las relaciones intergubernamentales, tal es el caso de la Conferencia de los Presidentes de los *Länder* o la Conferencia de Ministros sectoriales. En el caso belga, la voluntad de las Comunidades y Regiones se proyecta a través de la Conferencia Interministerial de Política Exterior y la Dirección de Administración de Asuntos Europeos del Ministerio Federal o «P11», donde participan representantes del Primer Ministro belga, los Vicepresidentes del Gobierno, los Ministros regionales y la Representación Permanente belga ante la UE.

Este panorama responde, por lo tanto, a dos sistemas estructurales distintos. Por un lado, el modelo parlamentario correspondiente con el Senado alemán, que es la institución central de participación de los Länder en las formas políticas superiores de los que forma parte, bien sea la Federación o la propia UE. Por otro lado, el modelo extraparlamentario o intergubernamental, prefigurado en los Estados federales austriaco y belga, cuyo fin particular es el de permitir con niveles variados de exigencia, la incidencia de las Regiones, Comunidades y Länder en la política comunitaria donde se traten ámbitos de su competencia, con la peculiaridad no pequeña de que en él toma parte, como un participante más, el Gobierno federal de cada Estado.

El procedimiento de toma de decisiones también es clave. Mientras en el *Bundesrat* alemán, la toma de decisiones se realiza a través de la lógica mayoritaria propia del parlamentarismo democrático, en el modelo intergubernamental austriaco y belga los acuerdos se alcanzan a través del consenso. Si ésta puede ser considerada una cuestión menor en el caso austriaco, donde la escasa relevancia de las competencias legislativas de los *Länder* atribuidas a la Unión, ha permitido la instalación de un sistema pragmático y flexible con un cierto predominio de la voluntad del Estado[29], no lo es, desde luego, en el caso belga. De esta manera, si existiese discrepancia previa entre el Gobierno y las Comunidades y Regiones, en torno a la posición que el representante belga debiera de mantener en el Consejo de la UE, aquel podría llegar a inhibirse del debate en su seno, absteniéndose o tomando una postura *ad referéndum*, es decir, ejerciendo el voto y trasmitiendo su posición corregida a la Presidencia del Consejo en un plazo de tres días, tras resolver el asunto a nivel interno[30].

---

[29] WOELK, J.: «La participazione diretta degli enti substatali al processo decisionale comunitario. Consideración comparative», *Le Región*, nº 4, 2003, p. 590 y BURTSCHLER, W.: «Modelo austriaco», en VVAA: *La participación de las Comunidades Autónomas en los Consejos de Ministros de la Unión Europea*, IVAP, Oñati, 1998, pp. 153 y 154.

[30] Por esta razón, resulta necesario que las directrices que se den a la delegación belga revistan un carácter amplio, con el fin de evitar la adopción de decisiones *ad referéndum* poco compatibles con el papel del Consejo de la UE dentro del sistema comunitario, en este sentido, ver LOUIS, J.V. y ALEN, A.: «La Constitution et la participación à la Communautè Européenne», *Revue Belge de Droit International*, nº 1, 1994,p. 95.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 418



Dada su heterogeneidad, el constitucionalismo comparado no ofrece remedios unívocos a los posibles dilemas derivados de una eventual reforma constitucional de nuestro Senado ante la UE. Cada modelo ha encontrado soluciones diferentes para los problemas que van surgiendo en la práctica, teniendo en cuenta, eso si, las tradiciones constitucionales respectivas. En cualquier caso, más allá de un modelo institucional concreto, resultan más interesantes los aspectos colaterales que de una u otra manera han contribuido a hacer funcionales y legítimos los sistemas anteriormente descritos. De esta forma, creemos que más importante que adoptar un modelo de naturaleza parlamentaria o intergubernamental, es consensuar previamente criterios objetivos de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para posteriormente fijar una serie de categorías y condiciones que reglen la participación de los representantes regionales en las diferentes formaciones del Consejo de la UE. Así lo hacen el la actualidad Bélgica y Alemania[31].

Por otro lado, el éxito de la participación de los entes subestatales belgas, alemanes y austriacos en el seno del Consejo de la UE y su capacidad de adaptarse al proceso político comunitario, ha dependido en gran medida del acceso a la información propia de los diferentes niveles que conforman el proceso de decisión típico de la UE. Particularmente relevante es el caso de Austria y Alemania, donde los Länder han desarrollado sofisticados sistemas de provisión de información, tanto a nivel formal, en las representaciones permanentes de sus Estados[32], como informal, a través de fenómenos de paradiplomacia que prevén el contacto directo con funcionarios comunitarios y visitas frecuentes a las instituciones comunitarias desde las oficinas abiertas para la ocasión en Bruselas. En uno y otro caso, las regiones obtienen información institucional sobre la labor legislativa del PE y de iniciativa de la Comisión, lo que a la postre supone la obtención de recursos políticos para tratar de incidir en la agenda europea de los Gobiernos federales[33].

**5.** El Tratado constitucional acordado en Bruselas en junio de 2004, por los Jefes de Estado y de Gobierno, señala de manera enfática que la Constitución y la Unión que ésta crea surgen de la voluntad de los Estados y

---

[31] En el caso belga, ver BRIBOSIA, H.: «La participation des autorités exécutives aux travaux du Conseil de l´Union et des Conférences Intergouvernementales», en LEJEUNE, Y. (Dr.): *La participation de la Belgique à l´élaboration et à la mise en oeuvre du droit européen. Aspects organisationnels et procéduraux*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 92 y ss.; en el caso alemán, ver KÖNING, R.F.: «Modelo alemán», en VVAA: *La participación de las Comunidades Autónomas en los Consejos de Ministros de la Unión Europea*, IVAP, Oñati, 1998.

[32] Principalmente a través de un observador que eligen el conjunto de los Länder de forma consensuada; Los antecedentes y la evolución funcional del Observador de los Länder como origen e hito de la colaboración entre los mismos y el Gobierno federal, en los asuntos comunitarios, en BAÑO LEÓN, J.M.: *Las Comunidades Autónomas en la Comunidad Europea*, Instituto Valenciano de Administración Pública, Valencia, 1987, pp. 47 y 48.

[33] Destacable en este sentido el modelo alemán; al respecto BÖRZEL, T.A.: «Does European Integration Really Strengthen the State? The Case of the Federal Republic of Germany», *Regional a Federal Studies*, Vl. 7, nº 3, 1997, pp. 87-113.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 419



ciudadanos[34]. Se afirma, por tanto, el principio de legitimidad federal dual. Los ciudadanos europeos pasan a estar directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo, mientras los Estados lo están en el Consejo de la UE por sus Gobiernos, que serán en todo caso responsables ante los parlamentos nacionales elegidos por sus ciudadanos. Es decir, en la UE no hay lugar para un tercer espacio institucional donde los entes regionales puedan ejercer una cuota de poder más allá de la función consultiva[35]. Las regiones siguen siendo Estado, y por lo tanto, será en el contexto institucional interno donde deberán desplegar su voluntad en aquellos asuntos comunitarios que son de su competencia. Resultando ésta una realidad insoslayable, independientemente del modelo que España resuelva para integrar los intereses de las Comunidades Autónomas en la voluntad del Estado frente a la Unión, lo cierto es que jurídicamente, el foro comunitario donde van a tener que estar representadas bien de forma directa o indirecta, será el Consejo de la UE. Así las cosas, cualquier tipo de reforma constitucional o legislativa que pretenda institucionalizar un modelo de participación interna de las Comunidades Autónomas o los entes locales en cuanto a los asuntos comunitarios, tendrá que tener en cuenta los límites y condiciones que devienen del proceso político europeo en aquella institución.

El Consejo de la UE es una institución conformada y dominada por ejecutivos. Así lo señalan el art. 203 del TCE y el art. I-23.1 del Tratado constitucional[36]. Siendo el número de votos atribuido importante, la capacidad de racionalizar y maximizar la negociación en su seno, va a depender sin embargo de la influencia que el Estado miembro en cuestión tenga sobre todas las dimensiones constitutivas de un proceso político que bien podemos catalogar como un tipo singular de diplomacia parlamentaria[37]. La primera de estas dimensiones es el consenso. La toma de decisiones en el Consejo no funciona, esencialmente, a través del principio mayoritario: el consenso sigue siendo, al día de hoy, el verdadero motor de su proceso legislativo. El recurso a la mayoría cualificada se configura en todo caso como un instrumento calculado para conseguir el máximo posible de negociación y de acuerdo entre las partes, en un contexto jurídico político donde prima la coexistencia y la coordinación sobre la subor-

---

[34] Art. I-1.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Bruselas, 6 de agosto de 2004, CIG 87/04.

[35] MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El Proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 15, 2003, pp. 567-568.

[36] Art. 203 del TCE: «El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro». Por otro lado, el art. I-23.1, casi en los mismos términos: «El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho a voto».

[37] Sobre éstas recomendamos nuestro anterior trabajo, DE MIGUEL BÁRCENA, J: «Las implicaciones del Tratado de Niza y la futura ampliación en el Consejo de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 63, 2002, pp. 90-97.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 420



dinación y absorción, la persuasión sobre la coerción y la presión lateral sobre la ejecución vertical[38].

Los elementos propios de la diplomacia más tradicional, quedan así relegados ante opciones multilaterales, bilaterales y a varias bandas, donde a pesar de la eventual existencia de negociaciones conflictivas, los Estados miembros y los órganos propiamente comunitarios han institucionalizado un contexto negociador de tipo *integrativo* donde en pocas ocasiones hay claros ganadores o perdedores en torno a las decisiones adoptadas dentro del Consejo[39]. Esta cuestión plantea sin duda la necesidad de realizar esfuerzos creativos en la búsqueda de acuerdos que satisfagan a los veinticinco participantes y a los demás actores institucionales que puedan tomar parte en el proceso legislativo junto al Consejo, la propia Comisión y el PE. Instrumentos claves para la búsqueda de este tipo de acuerdos serán la labor política de la Presidencia del Consejo[40], órgano semestral de carácter rotatorio en manos de los Estados miembros, y el pleno ejercicio de un técnica legislativa con un alcance material combinado y cruzado que pueda proveer compensaciones financieras y paquetes negociadores en algún otro área donde los Estados en desacuerdo sobre una cuestión en concreto muestren cierto interés.

Esto quiere decir que la efectividad de una negociación en la que estén en juego los intereses de una o varias Comunidades Autónomas es indisociable del dominio que *de facto* pueda ejercer el Estado miembro sobre el proceso político del Consejo. El representante de un Estado miembro dentro del Consejo no puede atender constantemente a intereses particulares en el marco de una negociación de tipo trasversal y diferida en el tiempo. La ubicación de una Agencia reguladora europea en una ciudad española quizá dependa de la disminución de ciertos precios agrícolas, el mantenimiento de la cuota de pesca del Cantábrico puede estar vinculado a la correcta definición del método más adecuado para demostrar la existencia de discriminación indirecta de tipo racial o étnica, mientras que el nivel de emisiones de gases de los vehículos de motor puede conectarse, aunque parezca extraño, con la redistribución anual del presupuesto a través de los fondos comunitarios. Este confuso cuadro no cohonesta adecuadamente con la imagen idílica de una Comunidad Autónoma defendiendo sus propios intereses en el seno del Consejo, si no es a través de una concertación previa con las demás autonomías y el propio Estado, que es al fin y a la postre quién cede sus votos a aquellas.

---

[38] Weiler, J.H.H.: *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, p. 96.

[39] Ver Laffan, B.: «The big budgetary bargains: from negotiation to authorithy», en *Journal of European Public Policy*, 7:5, 2000, pp. 741 y 742 y Elgström, O. y Jönsson C.: «Negotiation in the EU: bargaining or problem-solving ?», en *Journal of European Public Policy*, 7:5, diciembre de 2000.

[40] Para acercarse básicamente a la naturaleza y a las funciones de la Presidencia dentro del Consejo y de la misma UE de forma global, ver Morata, F.: *La Unión Europea: Procesos, actores y políticas.* Ariel Ciencia Política, Barcelona 1998, pp. 154-158; Kirchner, E.: *Decisión-making in the EC*, Manchester University Press, Manchester 1992 y Mangas Martín, A.: «La presidencia del Consejo de las Comunidades Europeas», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, D.10, nº 57 1988

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 421



**6.** La reforma constitucional del Senado se presentaba, tal como anunciábamos al inicio de la comunicación, como el método ideal para articular los intereses de las autonomías en asuntos europeos. Este presupuesto, que en parte se presta a solventar los problemas funcionales y normativos de la crisis de la Constitución territorial española[41], a partir de la lógica interna del propio sistema, no tiene sin embargo por qué verificarse en la práctica como un sistema óptimo si tenemos en cuenta la realidad institucional propia de la UE. A continuación, vamos a poner de relieve las contradicciones y problemas a las que va a tener que enfrentarse el Poder de reforma, una vez entren en juego los exigencias devenidas del proceso político comunitario anteriormente descrito. No se trata, en ningún caso, de profundizar en los aspectos más técnicos de la reforma, sino más bien de explorar la idoneidad de un sistema particular de relaciones institucionales, desde una perspectiva general.

**a)** Bien sea de forma directa, o indirecta, las Comunidades Autónomas van a terminar por proyectar su voluntad conjunta, en el Consejo de la UE. Como ya hemos señalado, el Consejo es una institución formada, en su nivel más alto, por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros. Su perfil ejecutivo le dota, frente a las instituciones parlamentarias clásicas, de dinamismo, continuidad y capacidad de adaptación a las complejas circunstancias de la política contemporánea. Por el contrario, su estructura sectorial y fragmentada provoca no pocas descoordinaciones y frecuentes pérdidas de coherencia en la actividad legislativa ordinaria. Desde una perspectiva práctica, evidente resulta que para adaptarse a la compleja realidad institucional europea, la solución más adecuada pasaría por acercar la naturaleza del Senado al del Consejo de la UE[42]. Un Senado similar al Bundesrat alemán, que es lo que al final se viene predicando, compuesto por consejeros enviados por los Gobiernos autonómicos, permitiría establecer un sistema de organización del trabajo parlamentario análogo al del Consejo de la UE, con lo que ello conllevaría de eficaz a la hora de articular una posición coherente del Estado en todos los niveles de negociación del mismo.

Hete aquí que lo que el Poder de reforma pueda considerar apropiado de acuerdo a las condiciones impuestas por el proceso político comunitario, pueda a su vez resultar normativamente inapropiado para la afirmación del sistema constitucional interno. Cuando se apuntan las potencialidades de un Senado similar al *Bundesrat* alemán, debería tenerse en cuenta que éste no es propiamente una cámara parlamentaria al uso, mas bien un órgano de vigilancia y garantía de los *Länder*, ubicado en el seno de un sistema peculiar de distribución de competencias entre la Federación y los Países. Klaus Von Beyme señala al respecto que «el Bundes-

---

[41] Un diccionario indispensable sobre la crisis de la Constitución territorial española, en RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

[42] AJA, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales, op. cit.,* pp. 245 y ss.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 422



rat no es una segunda cámara. No es parte de un parlamento dividido en dos cámaras como en los sistemas bicamerales de Europa Occidental (...) sus miembros presentan en él los viernes impetuosas declaraciones, sabiendo perfectamente que las decisiones ya fueron tomadas en todos los gabinetes el martes previo»[43]. La transformación del Senado en una cámara tipo Consejo, volvería a situar la actividad parlamentaria del Estado bajo esquemas confederales, obligando a desempolvar el mandato imperativo[44], y anunciando problemas derivados tanto de un insuficiente control democrático de la función legislativa por parte de la ciudadanía, como de la eliminación del pluralismo político en no pocas Comunidades Autónomas, donde los partidos tienden a confundir sus propios intereses con los del conjunto de la sociedad a la que representan[45].

Si desechamos la solución del modelo Consejo para el Senado, nos queda la posibilidad de institucionalizar una cámara parlamentaria convencional, de senadores permanentes, nombrados de manera directa por la población de las Comunidades Autónomas o de forma indirecta por las asambleas autonómicas. Sin embargo, un modelo parlamentario clásico no se ajustaría a la actividad legislativa del Consejo de la UE: la sectorialización y grado de especialización de su proceso político, la naturaleza continuada de los debates y la necesidad de una gran capacidad de maniobra política, por parte del negociador escogido para la ocasión, aconseja, a nuestro entender, la exclusión de modelos que incurran en una rigidez manifiesta a la hora de abordar todos los aspectos relativos a la fase ascendente de elaboración del Derecho comunitario[46]. La doctrina especializada ha venido destacando por lo demás que los Estados miembros con una fuerte tradición de consenso social y parlamentario, en situaciones concretas, suelen perder capacidad de negociación en los diferentes niveles de intervención política del Consejo, en beneficio de Estados donde la centralización del poder permite a los ejecutivos mantener el monopolio de la política europea[47].

La hipotética reforma constitucional del Senado para asuntos de la UE, también debe de tener en cuenta otro elemento, ajeno a su dimensión orgánica, que no obstante puede determinar la conveniencia de su pro-

---

[43] Von Beyme, K.: «El federalismo en la República Federal Alemana», *Revista de Estudios Políticos*, nº 17, 1980, pp. 10 y ss. y Cruz Villalón, P.: «La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse», *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario*, nº 3, 1991, p. 24.

[44] Cuando incluso el propio Tratado constitucional europeo afirma que el funcionamiento de la Unión se basa en el principio de la democracia representativa, art. I-47; Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, CIG 87/04, Bruselas, 6.9.2004.

[45] Punset, R.: *El Senado y las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 221 y 222 y por analogía, el caso comunitario en Matia Portilla, F.J.: *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 28 y 29.

[46] Ignacio Sánchez Amor en el debate incluido en VVAA: *La reforma del Senado*, Senado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 332.

[47] Hosli, M. y Soetendorp, B.: «Negotiation in the European Union: The Hidden Influence on Council Decision-Making», en los Working Papers de *Columbia International Affairs*, (International Studies Assotiation), http://csf.colorado.edu/isa/octubre de 2000.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 423



pia realización: la defensa de los intereses de las autonomías se puede llevar mejor a cabo, cuando sea el propio Estado, como organización política de suficiente entidad para alterar las posiciones de los diferentes actores de la política comunitaria, el que haga propias las posiciones de las Comunidades Autónomas, asumiendo, en colaboración con la representación de éstas, su defensa en las instancias europeas. Esta obviedad obliga a que las Comunidades Autónomas tengan que dejar de observar al Estado como un contrapoder dentro de la UE[48]. La nueva ampliación de Estados miembros a la UE va a reclamar un uso más racional y asiduo de la mayoría cualificada frente al método tradicional del consenso, por lo que en esta fase de la integración, el número de votos atribuido a cada Estado resultará cada vez más importante para condicionar en un sentido positivo o negativo la negociación multilateral. Esta cuestión ha sido perfectamente entendida por las Comunidades y Regiones Belgas, y los Länder alemanes y austriacos, de ahí que sus modelos prevean instancias donde los entes regionales puedan concertar su posición con el Gobierno federal. El Estado debe de tener un órgano donde explicar a las Comunidades Autónomas aquellas decisiones adoptadas en el Consejo de la UE, que en el ejercicio de sus competencias hayan podido afectar a los intereses particulares de aquellas. Ahora bien, el diseño del Senado como cámara de representación territorial excluye que sea el foro más adecuado para acoger las relaciones entre ejecutivos estatal y autonómicos, ello porque son las Comunidades Autónomas las que deberían verse allí representadas, no el Gobierno[49].

**b)** Teniendo en cuenta todo lo anterior, nuestra opinión es que los intereses de las autonomías ante los asuntos europeos deben de articularse a través de un sistema mixto, donde se mantengan elementos intergubernamentales y se añadan otros de perfil parlamentario. Por un lado, la obligada concertación entre las autonomías y la Administración central del Estado, hace imprescindible que siga funcionando un sistema de conferencias sectoriales, debidamente modificado, eso si, en lo que respecta a la toma de decisiones y a la vinculación jurídica de los acuerdos alcanzados en las mismas[50]. En relación con el tema pendiente de la par-

---

[48] SOLOZABAL, J.J.: *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 245

[49] PÉREZ TREMPS, P.: «La reforma del Senado ante la Unión Europea», en VV.AA.: *Ante el futuro del Senado, op. cit.*, p. 446.

[50] Una de las primeras tareas que deberían abordarse entre las Comunidades Autónomas sería el de dar un contenido más acabado al concepto de posición común utilizado en la CARCE. La propia expresión parece excluir un sistema de simples mayorías, tendiendo a buscar posturas de naturaleza más consensuada. Por otra parte, pensar en la exigencia de un absoluto consenso siempre puede llevar a hacer inoperativo el sistema, ya que hay que concertar, a menudo, hasta diecisiete voluntades distintas. Una fórmula existente es la prevista en el Reglamento Interno de la CARCE para determinar los votos exigidos a las Comunidades Autónomas para adoptar acuerdos: mayoría de las Comunidades, siempre que no se opongan expresamente cuatro. El profesor Pérez Tremps considera que esta fórmula mayoritaria no responde a la naturaleza de lo que debe de ser una «posición común». Por ello propone un sistema intermedio entre el consenso y la mayoría: exigir un mínimo de votos favorables –mitad más uno– y la no oposición expresa de ninguna Comunidad; PÉREZ TREMPS, P.: «Comunidades Autónomas, Estado y Unión Europea: nuevos pasos hacia la integración

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 424



ticipación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la UE en el marco de la delegación del Estado, de nuevo la sectorialización y especialización de la política comunitaria aconsejan, posiblemente, que esa participación se desenvuelva a través de conferencias sectoriales.

La falta de adecuación del Senado a la tarea de servir de instrumento institucional eficaz de relaciones entre los gobiernos estatal y autonómicos no significa, sin embargo, que carezca de relevancia para esas mismas relaciones en otros aspectos. Por ejemplo, en lo que respecta a la coordinación horizontal entre las propias Comunidades Autónomas, el Senado, sea cual sea su naturaleza o composición, podría servir para desarrollar en su seno los grandes debates y acuerdos políticos de baja intensidad en materia europea, valiendo como instrumento de resolución de los conflictos que no encuentren respuesta en las instituciones inferiores de coordinación sectorial. Asimismo, el Senado resulta un órgano adecuado para articular la fase de información sobre cuestiones relacionadas con competencias que sean de interés para las Autonomías[51], sobre todo porque a efectos de publicidad puede resultar más transparente una institución parlamentaria, con una tradición informativa mucho más arraigada, que un Consejo de gobiernos o una conferencia sectorial. En cuanto a la contraparte comunitaria, el Senado parece el lugar más propicio para nombramientos de tipo institucional, como sería el de un representante autonómico de los dos que tiene el Ministerio de Administraciones Públicas en la Representación Permanente de la UE[52].

En último lugar, el Senado también puede configurarse como la institución encargada de acomodar la realidad del Estado autonómico con respecto al nuevo papel que el Tratado constitucional asigna a los parlamentos nacionales en el proceso de construcción europea, dentro del Protocolo sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. A tenor del art. 4 de dicho Protocolo, tras la información enviada por la Comisión a los parlamentos nacionales, donde se incluye una evaluación jurídica y económica del posible impacto de las propuestas de leyes marco europeas en la legislación regional, toda cámara podrá, en un plazo de seis semanas a partir de la fecha de transmisión de la propuesta de la Comisión, enviar a ésta última un dictamen motivado que exponga las razones por las que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad. Cada una de las cámaras de un parlamento bicameral, contarán con un voto: si un tercio de los votos asignados al

descentralizada», en AJA, E. ( Dr. ): *Informe Comunidades Autónomas 1994,* Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1995, pp. 613.

[51] CARRERAS SERRA, F. de: «Las funciones del Senado y las participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea», *op. cit.*, p. 477.

[52] Parece que los primeros pasos del actual Gobierno socialista van en esta dirección. De esta forma, según el actual Ministro de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla, las Comunidades Autónomas deberán de ponerse de acuerdo para elegir uno de los dos representantes que el Ministerio de Administraciones Públicas tiene en la Representación Permanente de España en Bruselas.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 425



conjunto de los parlamentos nacionales de la UE llegasen a la misma conclusión, la Comisión debería reconsiderar su propuesta. En caso de que no funcionase el mecanismo de control del principio de subsidiariedad, al igual que en el caso alemán, el Senado podría servir para exigir al Gobierno que interponga recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en nombre de alguna Comunidad Autónoma.

**7.** La principal pretensión de la presente comunicación ha sido la de poner de manifiesto la creciente penetración del orden político y constitucional de la UE en la estructura institucional de los Estados miembros. En un principio, la reforma constitucional del Senado se ha enfocado, por parte de la doctrina y la clase política, como un mecanismo ideal para conectar el fenómeno comunitario con el proceso de descentralización del Estado, permitiendo en última instancia que el sistema de distribución de competencias no pierda el sentido inicialmente recogido en la Constitución de 1978. Sin embargo, como se ha demostrado, la reforma del Senado no puede ser planteada únicamente desde el punto de vista interno, más al contrario, debe de tener en cuenta las dimensiones constitutivas del proceso político comunitario, si no se pretende que el sistema de relaciones institucionales entre las Comunidades Autónomas y el Estado finalmente acordado, resulte ineficaz a la hora de articular la voluntad conjunta del Estado ante la UE.

Dicho esto, podemos aventurarnos a señalar que la cuestión europea no debería de resultar uno de los *leitmotiv* de la reforma constitucional del Senado. No nos oponemos, en cualquier caso, a que dicha reforma se efectúe en virtud de otro tipo de necesidades políticas o jurídicas[53]. Tampoco a que el Senado cumpla una serie de funciones relacionadas con la labor de impulso y control de la política comunitaria desde la perspectiva autonómica. Sin embargo, la dimensión comparada, especialmente en Bélgica y Austria, ha enseñado que las relaciones intergubernamentales resultan un mecanismo eficaz para alcanzar la voluntad del Estado ante la UE, al margen o como complemento del sistema parlamentario. Ello por varias razones. En primer lugar, porque las conferencias sectoriales se configuran como foros más técnicos, donde la discusión podría establecerse en términos menos ideológicos y más pragmáticos. En segundo lugar, porque aquellas son órganos donde el Estado y las Comunidades Autónomas pueden mantener un contacto constante y fluido en orden a que el Gobierno de turno pueda hacer suyos los argumentos de

[53] Coincidimos con el profesor Solozabal en que si tal reforma se llevase a cabo, debería limitarse a los siguientes supuestos: composición, ampliando su base autonómica e innovando un sustrato municipal, y modificación de sus funciones, insistiendo en su especialización autonómica, pero en conexión con el Congreso y sin renunciar al desempeño de las otras tareas que como integrante de las Cortes generales le asigna la Constitución. SOLOZABAL, J.J.: «El Estado autonómico en perspectiva», *Revista de Estudios Políticos,* nº 124, 2004, p. 22. Por otro lado, las consecuencias jurídicas de una reforma constitucional del Senado generalizada, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «El Senado y su reforma», en VV. AA.: *Parlamento y consolidación democrática*, Madrid, Tecnos, 1994.

11409-426-Estado autonómico54 15/10/05 10:20 Página 426



las autonomías y defenderlos no solamente en el Consejo de la UE, sino frente a otras instituciones comunitarias. En tercer y último lugar, porque el espacio parlamentario puede resultar para algunas cuestiones excesivamente rígido, sujeto a los vaivenes partidistas y con poca capacidad de adaptación a los postulados flexibles e informales de la política comunitaria.

En un plano más general, resulta interesante observar cómo el instituto de la reforma constitucional, aún cuando prevea satisfacer las exigencias parciales de la sociedad política del Estado, se ve crecientemente condicionado por normas, instituciones y procesos externos al propio espacio jurídico y político donde pretende incidir. En cierta forma, las contradicciones surgidas entre la reforma constitucional del Senado deseable y la probable para asuntos europeos, no hacen sino ratificar aquellas teorías que afirman que en el Estado constitucional europeo, seguir hablando de poderes constituyentes y constituidos puede terminar siendo una ilusión. La diferencia entre uno y otro, difícilmente puede seguir apoyándose en que uno es fundador y otro derivado, uno incondicionado y otro limitado, de tal manera que el seguimiento y respeto a esos límites y circunstancias es también fundamento de legitimidad. La fragmentación del Poder constituyente español inducida a través del proceso de integración europea y de descentralización autonómica[54], transforma por derivación al Poder de reforma en una operación predominantemente técnica, en el mejor de los supuestos adaptativa, casi necesariamente poco participativa y desde luego muy poco *constituyente* en sentido sustantivo[55]. Desde luego, la reforma constitucional del Senado en los términos aquí expuestos, supone un buen ejemplo de lo anteriormente afirmado.

[54] BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, pp. 181-213.

[55] *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho.*

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 427

# «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

**María Salvador Martínez**
*Profesora Ayudante de Derecho Constitucional*
*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Las llamadas «autoridades independientes» constituyen uno de los fenómenos más llamativos y relevantes del panorama constitucional español de los últimos años. Se trata de una figura novedosa que, a primera vista, no concuerda con nuestro sistema constitucional y cuyo encaje en la organización de nuestra forma de Estado resulta jurídicamente problemático. El objeto de este trabajo es realizar un breve análisis del régimen jurídico de las «autoridades independientes» desde el punto de vista de los principios estructurales que definen al Estado en el que estas «autoridades» se insertan y operan, es decir, desde la perspectiva del Estado social y democrático de derecho, y, especialmente, desde la perspectiva de la organización territorial de dicho Estado.

## I. SOBRE EL FENÓMENO DE LAS «AUTORIDADES INDEPENDIENTES»

«Autoridades independientes» o «administraciones independientes» son algunas de las expresiones utilizadas para hacer referencia a ciertos organismos públicos, creados o reformados recientemente por el legislador, que disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno (y, a veces, también frente al Parlamento), que actúan en ámbitos de especial trascendencia económica, política o social, y que desempeñan, en unos casos, funciones reguladoras, y, en otros, de prestación de servicios. La mayoría de estos organismos son bien conocidos. Entre ellos figuran, por ejemplo, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las Universidades públicas, o Radiotelevisión Española. Las «autoridades independientes», sin embargo, no son un fenómeno exclusivo de España. Instituciones de características similares, es decir, con formas de organización y funciones semejantes, existen también en otros países. En algunos de ellos, este tipo de organismos forman parte de la organización tradicional de los poderes públicos, y, en otros, como en España, donde el fenómeno es reciente, las «administraciones independientes» chocan con la estructura constitucional de los poderes del Estado.[1]

[1] Sobre este fenómeno pueden consultarse los siguientes trabajos monográficos, la mayoría de los cuales incorpora un análisis de las experiencias extranjeras: E. VÍRGALA FORURIA, *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, 2004; A. RALLO LOMBARTE, *La constitucionalidad de las*

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 428



Desde el punto de vista de la organización, la principal característica de todas estas instituciones es el considerable grado de autonomía que la ley les atribuye. Son organismos a los que se ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativamente superior a la de los organismos administrativos llamados «autónomos». Tanto es así, que en relación con estas nuevas formas de organización, no se suele hablar de autonomía, sino de «independencia», lo que sitúa a estas «administraciones independientes», para unos, en el límite del territorio administrativo, y, para otros, en un «terreno de nadie» a medio camino entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo.

Aunque no se ha adoptado exactamente la misma forma de organización para todas y cada una de las «autoridades independientes» que se han creado, las medidas comunes establecidas para garantizarles esa «autonomía cualificada», y que sirven para diferenciarlas de los órganos u organismos administrativos tradicionales, son las siguientes: en la elección de sus miembros interviene no sólo el Gobierno, sino también el Parlamento, otras instancias públicas, e, incluso, asociaciones privadas y ciudadanos; sus miembros no pueden ser cesados discrecionalmente por el Gobierno; no reciben órdenes o instrucciones gubernamentales; y no se someten a los mecanismos ordinarios de control de la Administración. Además de estas medidas, las «autoridades independientes» comparten con ciertos órganos u organismos tradiciones (como los que integran la llamada «administración instrumental») las siguientes características: son creadas por ley, o a partir de una habilitación legal; tienen personalidad jurídica propia; se someten exclusivamente a su ley de creación, a su estatuto y a su reglamento interno; sus miembros deben cumplir ciertos requisitos de elegibilidad y están sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos y miembros del Gobierno; su mandato no coincide con el período de la legislatura; la renovación se hace en ocasiones por partes, de forma escalonada; y, finalmente, algunas «autoridades independientes» se financian a través de ingresos derivados de su actividad que ellas mismas gestionan.[2]

Desde el punto de vista de las funciones que desempeñan, el «núcleo duro» del fenómeno de las «autoridades independientes» lo forman las llamadas «autoridades reguladoras», cuya función consiste en «regular» sectores de especial trascendencia económica o social y asegurar su correcto funcionamiento. En los Estados Unidos, algunos entes de este tipo existen

---

*administraciones independientes* 2002; M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, 2002; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, 2000; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes*, 1994.

[2] Así se define a las «autoridades independientes» ya en el primer trabajo publicado sobre ellas por J. M. SALA ARQUER, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *REDA*, nº 42, 1984, p. 410 y ss.; así como en los trabajos posteriores de E. VÍRGALA FORURIA, *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red, op. cit.*, p. 209 y ss. (p. 218); M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes..., op. cit.*, p. 251 y ss.; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes, op. cit.*, p. 33; y A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes, op. cit.*, p. 25.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 429



desde finales del siglo XIX y son la forma de organización que responde a una específica concepción liberal de las relaciones entre el Estado y el Mercado.[3] En Europa, sin embargo, la aparición de «autoridades independientes» con funciones reguladoras no tiene lugar hasta finales del siglo XX, coincidiendo con la liberalización de mercados, el fin de los monopolios públicos impuesto por la Unión Europea, las privatizaciones, y la consiguiente transformación del «Estado gestor» en «Estado regulador».[4]

En los Estados Unidos, la función de *regulation* consiste en «regular» en un sentido amplio, es decir, en ordenar y supervisar toda la actividad privada en un sector para garantizar su correcto funcionamiento, no sólo mediante la aprobación de normas generales –lo que sería en sentido estricto «regular»–, sino también a través de actos singulares, como el otorgamiento de concesiones o la resolución de conflictos. Así pues, la «regulación» abarca el conjunto de todas aquellas actividades (normativas, ejecutivas y parajudiciales) que sean necesarias para garantizar el funcionamiento correcto del ámbito regulado, actividades fundamentalmente normativas y de control, aunque no sólo de este tipo, y que variarán dependiendo de las necesidades concretas de cada sector.[5] En Europa, sin embargo, la tarea atribuida a las «autoridades reguladoras» es más limitada que la que desarrollan las *independent agencies* estadounidenses, consiste sobre todo en supervisar el funcionamiento de un sector y no tanto, o por lo menos no en la misma medida que en los Estados Unidos, en «ordenar», en «regular» en sentido estricto la actividad del mismo. Ésta última es una labor que las «autoridades reguladoras» europeas comparten con otros poderes públicos, fundamentalmente con el Gobierno. Por ello, en ciertos países europeos, entre ellos en España, hay quien prefiere utilizar la palabra «supervisión», en lugar de «regulación», para referirse a la labor que desempeñan estas autoridades.[6]

Junto a las «autoridades independientes» que desempeñan una función reguladora están aquellas otras encargadas de la prestación de servicios. Instituciones de este tipo existen en algunos países europeos desde principios del siglo XX; en España, sin embargo, sólo desde 1980. Tal es el caso de Radiotelevisión Española y de las Universidades Públicas, cuya autonomía se apoya en las normas de la Constitución sobre los correspondientes derechos fundamentales.

---

[3] Si bien es cierto que las «agencias independientes» de los Estados Unidos también jugaron un papel fundamental en el nacimiento y creación del «Estado del bienestar» en aquel país, como explica A. M. Moreno Molina, *La administración por agencias en los Estados Unidos*, 1995, p. 98 y ss.

[4] Sobre esa transformación, entre otros, La Espina/Majone, *Lo stato regolatore*, 2000, especialmente, p. 15 y ss.

[5] Así, las «autoridades reguladoras» norteamericanas (las *independent agencies)* establecen cómo deben actuar los privados en el sector regulado, fijan y controlan los precios, aprueban normas técnicas y de calidad, regulan el acceso a una actividad económica, controlan el cumplimiento de las normas e intervienen en caso de incumplimiento, pueden conceder a ciertos sujetos un régimen especial, e imponen sanciones económicas, fijando ellas mismas la cuantía.

[6] Sobre esta diferencia, M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes, op. cit.*, p. 350 y ss.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 430



El principal argumento utilizado para justificar la creación de «autoridades independientes», ya sea con funciones reguladoras o de prestación de servicios, es la neutralidad política, argumento al que en algunos países, como Estados Unidos y Francia, se han unido otros dos, la especialización técnica y la eficacia, coadyuvantes en todo caso del argumento de la neutralidad. De acuerdo con este argumento, la creación de «autoridades independientes» obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la lucha de partidos, es decir, a la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos, y más concretamente, de los órganos del Estado en los que tiene lugar la lucha política. Se afirma que el objetivo es garantizar una cierta «neutralidad» o «imparcialidad» en el ejercicio de una función y que para ello es preciso atribuir dicha función a un organismo «alejado» («independiente») de los órganos políticos del Estado. Este argumento se formula, en unos casos, ante una situación concreta de corrupción política, y, en otros, con carácter preventivo, para evitar que se produzcan situaciones de ese tipo. Así por ejemplo, las «agencias independientes» de los Estados Unidos surgieron a la vista del grado de corrupción que habían alcanzado a finales del siglo XIX los organismos públicos; se consideró entonces que la regulación y el control de la actividad privada en un sector de especial trascendencia económica, como, era en aquel momento el del ferrocarril, no podía atribuirse a los organismos públicos existentes, sino que para ello había que crear una institución que actuase «libre de interferencias políticas», y así se creó la primera *independent agency*. Algo similar ocurrió bastante más tarde en Francia. A partir de 1968 comenzó a hacerse patente en aquel país una desconfianza general hacia la Administración pública debido a los escándalos en los que ésta se había visto envuelta, y se llegó a la conclusión de que una burocracia politizada no estaba en condiciones de intervenir en determinados sectores que por sus características concretas exigían una actuación imparcial; para ello se crearon *autorités indépendantes*, «alejadas de la lucha política».[7]

## II. «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Es claro que, a primera vista, desde el punto de vista organizativo, estas «autoridades» parecen encajar con dificultad en la organización de nuestra forma de Estado, definido como un Estado social y democrático de derecho: afectan a la relación entre Estado y Mercado, a los derechos fundamentales, a la organización y separación de los poderes, y al sistema de controles en que se apoya el funcionamiento del Estado democrático. Pero, a nuestro juicio, no se trata tanto del problema constitu-

[7] Así se afirma desde el primer trabajo publicado sobre el tema por J. M. SALA ARQUER, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *op. cit.*, p. 410 y ss.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 431



cional concreto que puede plantear la existencia o la práxis de una o algunas «autoridades independientes», como del problema general que se plantearía si la fórmula, con las características que hoy tiene, se da por buena[8] y, paso a paso, se continúan reduciendo las funciones y competencias de los órganos y poderes característicos del Estado social y democrático de Derecho.[9]

### II.1. »ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES» Y ESTADO DE DERECHO

Desde la perspectiva del Estado de Derecho, el régimen de las «autoridades independientes» ha sido objeto de diversas críticas, tanto desde la óptica del principio general del Estado de Derecho, como desde la de alguno de los elementos o subprincipios en los que éste se concreta.[10] En este sentido, y en relación con una forma de organización nueva, como son las «autoridades independientes», es preciso recordar que el valor del principio constitucional no se agota en los «elementos» que en un momento histórico determinado lo desarrollan. El Estado de Derecho es una garantía frente al abuso del poder, y si las formas de abusar del poder cambian con el tiempo, cambian también las exigencias concretas que es preciso derivar del principio constitucional, es decir, el valor de las normas que desarrollan el Estado de derecho deben repensarse desde el mandato finalista que el principio contiene.[11]

En primer lugar, a las «autoridades independientes» se les ha dado un estatuto específico, con mayores prerrogativas y menos controles, lo cual se ha entendido como una «huida del Derecho administrativo», que en la Europa continental se considera garantía del sometimiento de la Administración a los principios del Estado de Derecho. Ese Derecho administrativo se ha sustituido, en estos casos, por un «derecho público especial» en el que se combinan mayores prerrogativas y menos controles.[12]

En segundo lugar, existen problemas que limitan de forma importante el alcance del control judicial que se ejerce sobre las «autoridades inde-

---

[8] Una de las características más sorprendente del fenómeno en nuestro país es que, en estos últimos años, las «autoridades independientes» parecen haberse convertido en una especie de «fórmula mágica» capaz de resolver los más diversos problemas jurídicos y políticos. Ya se hable de la protección de los derechos de autor, del reparto del agua o del desorden del sector audiovisual, siempre hay alguien aquí a quien se le ocurre proponer la creación de una nueva «autoridad independiente».

[9] Más allá de la inconstitucionalidad puntual o concreta está el problema de lo que se puede llamar la «inconstitucionalidad por acumulación» de hechos o actos que, si considerados en sí mismos pueden ser simplemente «casos dudosos», sumados los unos a los otros pueden acabar produciendo consecuencias que atenten abiertamente contra la letra o el espíritu de la Constitución. A la «inconstitucionalidad por acumulación», aunque en relación con otro tema, se ha referido J. Juan G. Encinar en «La Constitución y su reforma», *REDC*, nº 17, 1985, p. 345 y ss., apoyándose en un trabajo de F. Ermacora (p. 378).

[10] Con carácter general, M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes..., op. cit.*, p. 376 y ss.

[11] J. J. González Encinar, «Rechtstaatlichkeit in Spanien», en R. Hofmann y otros (eds.), *Rechtstaatlichkeit in Europa*, 1996, p. 174-175.

[12] Esta crítica en A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes...*, p. 274.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 432



pendientes», siendo el control judicial de los poderes públicos pieza clave del Estado de Derecho. Esos problemas son fundamentalmente dos: de un lado, la indeterminación del parámetro de control, debido a que las funciones y el régimen de estas autoridades se definen en ocasiones en términos no lo suficientemente precisos;[13] y de otro, la deferencia judicial, «deferencia» que muestran en la práctica los jueces hacia los actos de estas autoridades y que se intenta justificar por la complejidad técnica y el carácter específico de muchas de las normas y actos de las mismas, así como por la capacidad y preparación que se presupone a los expertos que forman parte de ellas. El problema de la deferencia judicial se ha planteado en los sistemas de *common law* y, en menor medida, también en Francia; en España, por ejemplo, en relación con el ejercicio de potestades «técnicas», los conflictos en sede jurisdiccional son escasos, pues, en esas materias, se reconoce un amplio margen de valoración a los organismos que las ejercen.

En tercer lugar, se han advertido importantes problemas en relación con la seguridad jurídica y la transparencia, que se plantean de manera especial en los sistemas del *common law*. En estos sistemas jurídicos, para que las «autoridades independientes» puedan actuar con un alto nivel de eficacia y adaptarse a las necesidades de cada caso y momento, se les ha dotado de más flexibilidad que al resto de organismos públicos, tanto en lo que se refiere a la toma de decisiones, como al tipo de procedimiento y forma de actuación, y esto se ha hecho, en buena medida, a expensas de algunos de los principios básicos del Estado de Derecho, sobre todo, del principio de seguridad jurídica. Estos problemas no se han planteado en la misma medida en los países de la Europa continental; en España, por ejemplo, la mayoría de las «autoridades independientes» están sujetas a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, en la que se establecen las normas generales de actuación de los organismos públicos, y, hasta el momento, puesto que el número de estas «autoridades» es reducido, el acceso a la información sobre las mismas no plantea especiales problemas.

En cuarto lugar, desde el punto de vista del principio del Estado de Derecho, pero también desde la perspectiva del principio democrático, se ha criticado el reconocimiento de potestad normativa a las «autoridades independientes». Debemos señalar, sin embargo, que en Europa, el margen de maniobra de las «autoridades independientes» en el ejercicio de competencias normativas es, hasta el momento, mucho más reducido que en los Estados Unidos, y que tanto el Consejo Constitucional francés como el Tribunal Constitucional español se han pronunciado favorable-

[13] En los sistemas del *common law*, la indeterminación del parámetro de control constituye el primer problema que plantea el control judicial de las «autoridades independientes». En el Reino Unido las funciones y el régimen jurídico de los *quangos* se establecen en términos poco precisos y en los Estados Unidos el grado de indeterminación de las normas relativas a las *independent agencies*, aunque haya ido variando según el momento histórico y de acuerdo con la voluntad del legislador de dejar a estas agencias un margen mayor o menor de discrecionalidad, es también importante.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 433



mente sobre la constitucionalidad de dicha atribución de competencias, que conciben como un poder subordinado y especializado, que se ejerce exclusivamente en el marco definido por la ley y, en su caso, por el reglamento, y que se reconoce sólo para que estas «autoridades» desarrollen lo establecido en normas superiores.[14]

Y, en quinto lugar, las «autoridades independientes» también han sido objeto de debate y crítica desde el punto de vista del principio de la separación de poderes, aunque con importantes diferencias entre unos ordenamientos jurídicos y otros. En los Estados Unidos, donde la separación de poderes se interpreta de forma estricta y rígida, las críticas al régimen de las «autoridades independientes» han sido mucho más intensas que en los ordenamientos europeos, en los que a la separación de poderes se le atribuye un significado diferente y mucho menos rígido.[15] Las principales cuestiones en torno a las que ha girado el debate son las siguientes:[16]

a) La primera se refiere a las competencias atribuidas a las «autoridades independientes». Estas «autoridades» acumulan competencias normativas, ejecutivas y parajudiciales, porque se entiende que todas ellas son necesarias para poder ejercer la función reguladora que la mayoría tienen encomendada. Las críticas más vehementes a esta acumulación de competencias se han vertido en los Estados Unidos, donde, a pesar de que el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que, cumpliendo determinados requisitos, unos órganos deleguen en otros ciertas competencias, se considera que acumular los «tres poderes», como hacen las «agencias independientes», es contrario al principio constitucional de la separación de poderes. En Europa, sin embargo, no se ha planteado este problema de la misma manera, porque las «autoridades independientes» europeas tienen atribuidas menos competencias que las estadounidenses y porque la acumulación de competencias de diferente

---

[14] Así lo ha afirmado el Consejo Constitucional francés en las siguientes decisiones: Déc. 86-217 DC, de 18 de diciembre de 1986; Déc. 89-260 DC, de 28 de julio de 1989; Déc. 88-248 DC, de 17 de enero de 1989; y Déc. 96-387 DC, de 23 de julio de 1996. El Tribunal Constitucional, por su parte, en relación con la potestad normativa del Banco de España, en las SSTC 135/1992, FJ 3; 96/1996, FJ 14; 235/1999, FJ 14; y en relación con la potestad normativa de la CNMV, en la STC 133/1997, FJ 7.

[15] En los Estados Unidos el principio de la separación de poderes tiene hoy en día prácticamente el mismo significado que el que se le dio al redactar la Constitución de aquel país. Separación de poderes significa allí separación de funciones, funciones que van a ejercer órganos distintos. La separación es en principio absoluta, esto es, la función legislativa está confiada al Congreso, la función ejecutiva al Presidente, y la función judicial a los Tribunales. No obstante, junto a este principio operan una serie de «frenos y contrapesos», *checks and balances*, que corrigen la rigidez de la división de poderes y permiten establecer un sistema de relaciones entre el Congreso, el Presidente y los Tribunales. Como se sabe, en Europa, por el contrario, el principio de la separación de poderes tiene hoy un significado diferente al que se le dio en el s. XIX. La separación de poderes, que no es sólo del Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, tiene un carácter instrumental respecto del objetivo de garantizar la libertad y los derechos de los ciudadanos, y forma parte del principio del Estado de derecho, con el significado que hoy tiene en Europa, al haberse «articulado» con los principios del Estado democrático y del Estado social en la conocida cláusula que recoge el art. 1.1 de nuestra Constitución. Sobre la misma, M. García Pelayo, «El Estado social y democrático de derecho en la Constitución Española», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1996 (10ª reimp.), p. 92 y ss.

[16] Con carácter general, M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes..., op. cit.*, p. 370 y ss.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 434



naturaleza no se considera contraria al principio de separación de poderes, tal y como se concibe en Europa.

b) La segunda cuestión objeto de debate se refiere a la ubicación de las «autoridades independientes» en el esquema de ordenación de los poderes del Estado. En los Estados Unidos se considera que el régimen de las «agencias independientes» contrario al principio de la separación de poderes porque, frente al esquema tripartito, éstas se sitúan, como un cuarto poder, entre el Legislativo y el Ejecutivo, actuando sobre todo como contrapeso de este último. En Europa, estas «autoridades» se consideran, al menos formalmente, parte de la Administración, aunque no existe opinión unánime, ni sobre la naturaleza de este tipo de «autoridades», ni sobre el lugar exacto que les corresponde en el esquema de ordenación de los poderes del Estado; pero incluso si se considerase a estas «autoridades» como un cuarto poder, no se entendería que son contrarias al principio de la separación de poderes, porque la doctrina europea reconoce que el esquema tripartito no agota el número de «poderes» que pueden existir en el Estado.

c) El tercer elemento del debate es el alejamiento de las «autoridades independientes» del control del Gobierno y la limitación de las facultades de éste que ello supone.[17] Desde la perspectiva de la separación de poderes, esta controversia está directamente relacionada con el debate sobre el modelo de Poder Ejecutivo, unitario y centralizado, o pluricéntrico y descentralizado, que en los Estados Unidos viene desarrollándose prácticamente desde el nacimiento de la Administración pública y que en Europa se ha planteado en los últimos años, cuando ha empezado a cuestionarse el modelo centralizado y jerárquico tradicional. En este debate, las «autoridades independientes» han sido presentadas como una nueva forma de descentralización que podría contribuir a solucionar algunos de los problemas que plantea la estructura administrativa tradicional.[18]

### II.2. «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» Y ESTADO DEMOCRÁTICO

Desde la óptica del principio democrático, las «autoridades independientes» han sido objeto de críticas de la mayor relevancia desde el punto de vista constitucional, que, a efectos expositivos, se pueden agrupar en torno a tres cuestiones: el objetivo de la «neutralidad política», el control y la responsabilidad políticas, y la legitimidad.[19]

---

[17] Recordemos que las características que definen a las «autoridades independientes» son: que en la elección de sus miembros interviene no sólo el Gobierno, sino también el Parlamento, otras instancias públicas, e, incluso, asociaciones privadas y ciudadanos; sus miembros no pueden ser cesados discrecionalmente por el Gobierno; no reciben órdenes o instrucciones gubernamentales; y no se someten a los mecanismos ordinarios de control del Gobierno sobre la Administración.

[18] Por ejemplo, G. Ariño Ortiz, «Regulación económica y modelo de administración», en A. Pérez (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 1, 1994, p. 27 (p. 68).

[19] Con carácter general, M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes..., op. cit.*, p. 379 y ss.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 435



Por lo que se refiere al argumento de la «neutralidad», utilizado para justificar la creación de «autoridades independientes», se han escuchado voces críticas con el mismo por tres motivos. En primer lugar, suscita muchos recelos el hecho de que el fenómeno de las «autoridades independientes» se haya puesto en relación con la Teoría del Poder Neutral, que se utilizó en su momento para tratar de justificar, primero, la neutralidad del monarca francés del siglo XIX y, luego, la del Presidente de la República de Weimar. En segundo lugar, caben dudas de que las «autoridades independientes» vayan a actuar realmente con neutralidad, porque la praxis ha demostrado que la mayoría de las «autoridades independientes» terminan siendo «secuestradas», o bien por los partidos políticos, o bien por las empresas del sector regulado. En tercer lugar, se ha criticado el argumento de la «neutralidad política» porque expresa una falta de confianza en la política y los partidos, e, indirectamente, en el sistema democrático. No se pueden desconocer los problemas que derivan de la naturaleza y la mecánica de los partidos políticos, pero, a nuestro juicio, desde la perspectiva del Estado democrático, la solución a dichos problemas debe de venir por la vía de fortalecer los mecanismos de control democrático, no por la de sacar del ámbito en el que éstos controles funcionan y en el que las decisiones se toman democráticamente todas aquellas actividades que deban desarrollarse al margen de la lucha de partidos. [20]

En cuanto al control y la responsabilidad política, este es, sin duda, uno de los más importantes problemas que plantean las «autoridades independientes». Como ya hemos señalado, los miembros de dichas «autoridades» no son elegidos sólo por el Gobierno, no pueden ser cesados discrecionalmente por él, no reciben instrucciones gubernamentales, ni se someten a los controles ordinarios de la Administración. Para la doctrina administrativista, el principal problema que este régimen jurídico plantea está relacionado con las facultades que corresponden al Gobierno (como órgano superior del Poder Ejecutivo) de libre designación y remoción de los titulares de los órganos y organismos administrativos, y de dirección en sentido estricto de los mismos. En cuanto a las primeras, el propio Tribunal Constitucional español ha reconocido la libertad del legislador para regular la elección y cese de los miembros de organismos públicos, e, incluso, para atribuirse a sí mismo esas facultades.[21] Por lo que hace a las facultades de dirección en sentido estricto, buena parte de la doctrina administrativista interpreta que, puesto que «no hay independencia en sentido propio, tampoco hay ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento contraria a los principios consti-

---

[20] *Vid.* J. M. Bilbao Ubillos, «Las administraciones independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, 1999, p. 163 y ss. (p.180-181); E. Vírgala Foruria, *La Constitución y las comisiones reguladoras...*, *op. cit.*, p. 342-343; A. Rallo Lombarte, *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, *op. cit.*, p. 24; M. Salvador Martínez, «*Autoridades independientes*»..., *op. cit.*, p. 331-332.

[21] STC 108/1986, FJ 12.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 436



tucionales (art. 97 CE)»,[22] sino que simplemente se mantiene una relación de dirección o de dependencia de baja intensidad, de menor intensidad que la que mantienen los entes instrumentales con el Gobierno.[23]

Ahora bien, al margen del debate sobre la limitación de las facultades del Gobierno, el hecho de que las «autoridades independientes» no estén dirigidas y controladas por aquél plantea fundamentalmente un problema democrático. Afirmar que entre las «autoridades independientes» y el Gobierno existe una relación de dirección de baja intensidad o una relación de tutela puede servir para salvar el escollo del art. 97 de la Constitución, pero el problema que queda sin resolver, con carácter general, es el de la falta de control y responsabilidad de estas «autoridades». El correcto funcionamiento del Estado democrático depende precisamente del sistema de controles al que se someten los órganos que ejercen el poder político del que es titular el pueblo. Por lo tanto, para que un poder público quede fuera de dicho sistema de controles debe existir una causa suficiente que lo justifique. A nuestro juicio, habrá casos en los que haya una razón que constitucionalmente justifique que ciertas «autoridades» gocen de autonomía cualificada (»independencia») frente a los órganos políticos del Estado para el desempeño de determinadas funciones, y que dicha autonomía se concrete en una limitación de los controles políticos, como ocurre, por ejemplo, con las Universidades.[24] Pero en otros casos, en los que no haya suficiente justificación constitucional, deben reforzarse los controles políticos sobre las «autoridades independientes» para compensar el limitado control que ejerce el Gobierno, tal vez, como se hace en los Estados Unidos y se apunta en Francia, reforzando el control parlamentario sobre las mismas.[25] En todo caso son precisas ciertas reformas, ya que, en la práctica, el control político sobre estas «autoridades», y el control parlamentario en concreto, resulta incluso aún más limitado de lo que la propia ley establece, puesto que no está suficientemente claro de qué responde el Gobierno y de qué responde directamente la «autoridad independiente», no existen cauces específicos para ejercer el control, ni un sistema periódico de fiscalización.

Por lo que se refiere a la legitimidad de las «autoridades independientes», como es lógico, la inexistencia o insuficiencia del control político democrático lleva necesariamente a poner en cuestión la legitimidad de las

---

[22] García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 428-429.

[23] Entre otros, F. J. Jiménez de Cisneros, *Los organismos autónomos en el derecho público español*, 1987, p. 310-312; A. Betancor, *Las administraciones independientes*, *op. cit.*, p. 209.

[24] En este sentido, en Alemania y en España se interpreta que la creación de determinadas «autoridades independientes» garantes de derechos fundamentales es una exigencia constitucional, e, incluso, a algunas de esas «autoridades» se les reconoce titulares de un derecho fundamental. En estos casos, como es lógico, no se discute la justificación de la inexistencia o insuficiencia de controles políticos. Por lo que a los restantes casos se refiere, la doctrina parece resignada a entender que el escaso control político es el precio que hay que pagar por que estas «autoridades» cumplan eficazmente su función.

[25] Esta diferencia entre «autoridades independientes» en lo que a justificación se refiere, en M. Salvador Martínez, «*Autoridades independientes*»..., *op. cit.*, p. 332.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 437



«autoridades independientes», o, más bien, a constatar un déficit de legitimidad democrática en las mismas. Los defensores de esta figura han tratado de compensar el déficit de legitimidad democrática, en unos casos, apelando a la denominada «legitimidad tecnocrática» y, en otros, mediante la participación de los ciudadanos.[26] Por lo que se refiere a la «legitimidad tecnocrática», a la que se ha apelado en países como Estados Unidos y Francia, se argumenta que la actividad de las *independent agencies* se legitima porque las personas que forman parte de ellas son especialistas en la materia que toman todas las decisiones con objetividad apoyándose exclusivamente en criterios técnicos; pero lo cierto es que no todas las decisiones de estas agencias son puramente técnicas o ejecutivas, muchas de ellas tienen una importante trascendencia política. En otros casos, el déficit de legitimidad democrática se ha tratado compensar con la participación de los ciudadanos afectados, como se propone, sobre todo, en el Reino Unido, lo cual es posible sólo en algunos supuestos y plantea además otro tipo de problemas.[27]

### II.3. «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» Y ESTADO SOCIAL

En Europa, como hemos dicho, la aparición de «autoridades independientes» con funciones reguladoras coincide con la liberalización de los mercados, el fin de los monopolios públicos impuesto por la Unión Europea, las privatizaciones, y la consiguiente transformación del «Estado gestor» en «Estado regulador», es decir, con un cambio fundamental en la forma de concebir las funciones estatales y la intervención del Estado en la economía, con la llamada «crisis del Estado social».[28] Este cambio se produce a partir de principios de la década de los ochenta del pasado siglo, y es consecuencia de los avances tecnológicos y, sobre todo, del triunfo de las doctrinas del liberalismo (o neoliberalismo) económico, de acuerdo con las cuales, la política y el Estado, de los que hay que desconfiar, ya no son capaces de garantizar ciertos bienes y servicios, que, sin embargo, sí puede asegurar el mercado regido por el principio de la

---

[26] En los Estados Unidos, y por influencia de este país, en Francia también, se ha tratado de legitimar la actividad de las «agencias independientes» argumentando que poseen carácter «cuasijudicial», porque tienen atribuidas competencias cuasijudiciales y, en los Estados Unidos, porque hasta la aprobación en 1946 de la Ley de Procedimiento Administrativo, estas agencias tomaban sus decisiones a través de un proceso oral y contradictorio, similar al procedimiento judicial, en el que actuaban como partes representantes de los diferentes intereses en juego.

[27] En Alemania se han planteado si una solución de este tipo es posible desde el punto de vista del principio de igualdad, puesto que en un Estado democrático todos los ciudadanos, no sólo «los afectados» por la actividad de una autoridad independientes, tienen el mismo derecho a participar en los asuntos públicos (sobre este debate, M. SALVADOR MARTÍNEZ, «*Autoridades independientes*», *op. cit.*, p. 182 y ss.).

[28] C. DE CABO, *La crisis del Estado social*, 1986, advirtiéndonos, además, de que, en la medida en que en la expresión «Estado social y democrático de derecho» el Estado social es el determinante, la «crisis del Estado social» –de la que las «autoridades independientes», en su configuración actual, son una manifestación–, influye decisivamente en forma negativa en los otros dos términos, en las posibilidades de realización y desarrollo del Estado democrático, así como en las bases y mecanismos propios del Estado de derecho (p. 17).

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 438



libre competencia. En consecuencia, a lo largo de las dos últimas décadas, buena parte de las tradicionales empresas públicas que prestaban servicios públicos han sido sustituidos por empresas privadas (el antiguo prestador del servicio se ha privatizado y la actividad se ha abierto a nuevos operadores privados) que en un mercado de libre competencia asumen la prestación de los nuevos «servicios de interés económico general», tal y como se denominan en el derecho comunitario, y que actúan bajo la vigilancia de «autoridades independientes» reguladoras, encargadas de asegurar el correcto funcionamiento del nuevo mercado.[29]

Ahora bien, las Constituciones de los países de la Europa continental siguen siendo Constituciones del Estado social. En ellas se positiviza el principio del Estado social, el principio de «interacción entre Estado y sociedad», la «interpenetración entre lo público y lo privado»[30], es decir, una determinada forma de relación entre la política y la economía, a través del Estado. Constitucionalmente el Estado está legitimado y obligado a intervenir directamente en el proceso económico y en el ámbito de lo social en orden a alcanzar determinados objetivos que la Constitución le asigna. Habiéndose privatizado actividades decisivas para la consecución de dichos objetivos, cabe entender que la creación de «autoridades independientes reguladoras» que regulen dichas actividades podría justificarse, precisamente, por la necesidad de que el Estado intervenga para seguir garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos y, en definitiva, la consecución de los objetivos constitucionalmente fijados. Por eso, desde el punto de vista del Estado social, las «autoridades independientes» tendrán razón de ser sólo en la medida en la que, como nueva forma de intervención estatal, efectivamente satisfagan las exigencias que impone dicho principio.[31] Algo que, por el momento, no podemos afirmar. Además de ciertas insuficiencias del régimen jurídico de estas «autoridades», que les impiden intervenir como sería necesario en los correspondientes sectores, la praxis ha demostrado ya en algunos de ellos la incapacidad del modelo para garantizar los derechos de los ciudadanos,[32] hasta el punto de que en algún caso se ha decidido «renacionalizar» las empresas públicas encargadas de ciertos servicios públicos que habían sido privatizadas.[33]

---

[29] *Vid.* E. Vírgala Foruria, *La Constitución y las comisiones reguladoras..., op. cit.*, pp. 27 a 35, y 147 y ss.

[30] STC 18/1984, FJ 3.

[31] E. Vírgala Foruria, *La Constitución y las comisiones reguladoras..., op. cit.*, p. 199 y ss.

[32] Podemos citar casos sobradamente conocidos: en el sector eléctrico, ENRON quebró sin haber garantizado la prestación del suministro eléctrico en California, mientras que en España ya hemos experimentado apagones e incendios en subestaciones eléctricas por falta de inversión en infraestructuras; en el sector bursátil, las autoridades reguladoras no han podido evitar escándalos financieros y quiebras como las de *Worldcom* en los Estados Unidos o la de «Gescartera» en España.

[33] En el Reino Unido, después de graves accidentes mortales de ferrocarril y de importantes fallos en la prestación del servicio, el Gobierno intervino *Railtrack*, la empresa responsable de la red ferroviaria, y renacionalizó la gestión de las infraestructuras; del mismo modo, el Gobierno británico también se ha visto obligado a renacionalizar la empresa pública privatizada de correos, la *Royal Mail*.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 439



## III. «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» EN UN ESTADO COMPUESTO

A la problemática que las «autoridades independientes» plantean desde el punto de vista del Estado social y democrático de derecho hay que sumar la que se plantea si el Estado en el que se deciden crear «autoridades» de este tipo es, además, un Estado compuesto. En este caso, la creación de estas «autoridades» puede afectar a la división territorial del poder y a la concreta distribución de competencias entre el Estado central y los entes territoriales que lo integren. Desde esta perspectiva, las principales cuestiones a analizar son las siguientes: la creación de «autoridades independientes» como estrategia política, los conflictos relativos a la distribución de competencias, y la necesidad de coordinación y colaboración entre «autoridades independientes» que actúen en diferentes ámbitos territoriales.

### III.1. LA CREACIÓN DE «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» COMO ESTRATEGIA POLÍTICA

A pesar del objetivo de alejar a las «autoridades independientes» de la lucha y la mecánica de los partidos políticos, la praxis demuestra que, en ocasiones, la lucha política alcanza a las «autoridades independientes». Es más, en algunos países, las primeras «autoridades independientes» se crearon precisamente con un claro objetivo político. En los Estados Unidos, el Congreso creó las *independent agencies* para limitar el poder del Presidente. En el Reino Unido, los primeros organismos autónomos fueron creados, unos por la Corona, para limitar el ámbito de actuación del Parlamento, y otros por el Parlamento, para limitar el ámbito de actuación de la Corona o del Gobierno; más recientemente, la creación de este tipo de organismos, a los que allí se ha dado el nombre de *quangos* (siglas de *quasi autonomous non governmental organisations*), se ha utilizado como estrategia política del partido mayoritario para controlar *de facto* el desarrollo de determinadas funciones sin responder políticamente ante la oposición parlamentaria y, en lo que a la organización territorial se refiere, para limitar el ámbito de actividad de los entes territoriales –gobierno local e instituciones regionales– de signo político contrario.[34]

#### a) *Quangos* en el nivel local

Los *quangos* creados en el nivel local constituyen cuantitativamente el grupo más numeroso de los organismos de ese tipo y presentan una problemática específica. El gobierno conservador (1979-1997) acometió im-

[34] Los *quangos* forman un conjunto heterogéneo, tanto en relación con las funciones, como con la organización interna, el sistema de financiación o los mecanismos de control político a los que están sometidos (cada uno de estos organismos tiene su propio régimen jurídico y una forma específica de relación con el Gobierno); y forman también un conjunto muy numeroso, el número de *quangos* que actúan a nivel nacional gira en torno a los quinientos, a nivel regional, alrededor de los trescientos, y a nivel local el número se dispara y se contabilizan más de cuatro mil organismos de este tipo (Weir & Hall, *Egotrip: Extra-governmental Organisations...*,1994, p. 9).

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 440



portantes reformas en el régimen jurídico de los entes locales: revisó su estructura, algunos de ellos se disolvieron (*the Greater London Council* es el ejemplo más significativo, que ahora se ha recuperado), modificó su sistema de financiación, restringió su ámbito de actividad y fijó nuevas obligaciones y requisitos para el ejercicio de ciertas competencias. Estas reformas tenían por objeto debilitar la organización local y aumentar la influencia del Gobierno en la actividad de los entes locales.[35] Para ello también se crearon *quangos* en el nivel local, de modo que algunas de las competencias de la organización local se trasladaban a dichos *quangos* sujetos al control del Gobierno central. Especialmente significativo es el caso de Gales, donde las mayorías de los Gobiernos central y local no coincidieron en un período de más de ocho años, y el Gobierno central creó numerosos *quangos* locales para gobernar allí a través de ellos. No obstante, las razones alegadas por el gobierno conservador para justificar la creación de dichos *quangos* fueron, evidentemente, otras: la excesiva politización de las decisiones de los entes locales, su falta de talento y experiencia en actividades de gestión, y la excesiva influencia de los intereses privados.[36]

Los *quangos* locales creados por el Gobierno central actúan bajo la dirección y el control de un determinado ministro para cumplir una función pública o prestar un servicio público y responden de su actuación sólo ante el Gobierno central, no ante los entes locales. Las áreas más importantes en las que actúan son la salud, la educación, vivienda, prestaciones laborales y de desempleo, áreas que hasta hace poco constituían el ámbito normal –el «coto vedado»– de actividad de los entes locales. Como ejemplo de *quangos* locales podemos citar a las *Urban development corporations (UDCs)* y a las *Funding Agencies for Schools (FAS)*. Las *UDCs* se han creado con el objetivo de regenerar un área urbana concreta, para lo cual pueden adquirir terrenos, construir viviendas, zonas industriales y cualquier otro tipo de infraestructuras. Los miembros de las *UDCs* son elegidos por el ministro correspondiente y están financiadas por el Gobierno. Las principales críticas que estos organismos han recibido se refieren a la insuficiente coordinación con los entes locales, la falta de información sobre los controles a los que se someten, y la ausencia de datos reales sobre su eficacia.[37] Las *FAS*, por su parte, están encargadas de supervisar y controlar la gestión económica de los centros educativos, que ahora reciben su presupuesto directamente del Ministerio, y no a través del gobierno local; responden de su actividad sólo ante el Ministerio

---

[35] P. Craig, *Administrative Law*, 1994, p. 117; J. Alder, *Constitutional law*, 1999, p. 128 y ss.; Wade & Bradley, *Constitutional Law*, 1992, p. 620-621.

[36] *First, there has been excessive politicisation in local authority decision-making... Secondly, there has been excessive influence of producer interests in some local-authority-run services, especially where trade unions are closely involved in local power structures with the Labour Party. Thirdly, there has been an insufficiency of managerial talent and experience at the political level*» Robert Jackson, HC, Deb. 24 February 1994, c 492.

[37] *The Local Government, Planning and Land Act* 1980. *Vid.* P. Craig, *Administrative Law*, 1994, p. 120; y J. Gifreu Font, *La regeneración urbana en Gran Bretaña*, 1997.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 441



correspondiente, de modo que, con su creación, la organización local se ha quedado sin competencias en la materia.[38] Como es lógico, la doctrina ha sido muy crítica con esta situación y viene exigiendo que se devuelvan a los entes locales las competencias que se han transferido a los *quangos* o que se les atribuyan mayores competencias de control sobre las actividades de éstos.[39]

### b) *Quangos* en el nivel regional

La misma estrategia utilizada en el nivel local se ha puesto en práctica en el nivel regional, especialmente cuando las regiones de Gales, Escocia e Irlanda han comenzado a funcionar con autonomía política e instituciones propias. En el caso de los *quangos* creados a nivel «regional», en un primer momento, el objetivo fue controlar desde el Gobierno la prestación de ciertos servicios regionales en los territorios de Gales, Escocia e Irlanda, a través de los *quangos* creadas por la *Welsh Office*, la *Scottish Office* y la *Northern Ireland Office* –departamentos que pertenecen al Gobierno Central–. Más tarde, sin embargo, tras la *devolution*, muchas de las competencias de los *quangos* creados a nivel local y regional se traspasaron a los nuevos órganos «legislativos» de Gales y Escocia (a la Asamblea de Cardiff y al Parlamento de Edimburgo), sin embargo, con el mismo objetivo de limitar el margen de actividad de estos «órganos legislativos», se han creado nuevos *quangos* regionales, las *Regional Development Agencies* (*RDAs*), cuyos miembros son nombrados por el Gobierno Central, responden sólo ante él, y desarrollan funciones propias de las instituciones regionales. En relación con los *quangos* regionales la doctrina ha sido igualmente muy crítica y exige que dichas instituciones sean responsables políticamente ante el Gobierno regional.[40]

## III.2. «AUTORIDADES INDEPENDIENTES» Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En un Estado compuesto, la creación de «autoridades independientes» a las que se atribuyan determinadas funciones puede plantear conflictos relativos a la distribución de competencias que exista entre el Estado central y los entes territoriales. En nuestro ordenamiento jurídico conflictos de ese tipo se han planteado en relación con la Agencia Estatal de Protección de Datos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Banco de España. Todos estos organismos tienen atribuida una «función reguladora», para lo cual emiten autorizacio-

---

[38] *Education Reform Act 1988. Vid.* P. CRAIG, *Administrative Law*, 1994, p. 121; JOHNSON & RILEY, «The impacts of quangos and new government agencies on education», en RIDLEY & WILSON, *The Quango debate*, 1995, p. 106 y ss.

[39] P. F. COUSINS, «Quasi-Official Bodies in Local Government», en A. BARKER, *Quangos in Britain*, 1982, p. 152-163; J. STEWART, «Appointed boards and local government», en RIDLEY & WILSON, *The Quango debate*, 1995, p. 48 y ss.; STEWART & GREER & HOGGET, *The quango State: an alternative approach*, 1995, p. 14 y ss.

[40] WEIR & HALL, *Egotrip: Extra-governmental Organisations..., op. cit.*, p. 31-32; y R. HAZELL, «Reinventing the Constitution: can the state survive?», en *Public Law*, 1999, p. 84 y ss.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 442



nes, supervisan el sector, realizan inspecciones, llevan registros, ejercen la potestad sancionadora... Pues bien, por regla general el conflicto se ha planteado porque las Comunidades Autónomas han entendido que dichas facultades, de carácter ejecutivo, les correspondían a ellas en virtud de los títulos competenciales que les atribuyen la ejecución o el desarrollo en una materia en la que el establecimiento de las «bases» o la «legislación» corresponde a los órganos centrales del Estado.

### a) Las agencias de protección de datos personales

En desarrollo del mandato constitucional del art. 18.4 de la Constitución se aprobó la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, en la que se establecen los principios que deben regir cualquier tratamiento de datos personales, se definen los derechos de los titulares de datos personales (contenido del derecho fundamental a la protección de datos[41]) y se regulan la creación y el funcionamiento de los ficheros de datos tanto públicos como privados.[42] Para controlar los tratamientos de datos y garantizar el derecho fundamental, la ley crea la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), a la que atribuye un conjunto de potestades relativas al control de los ficheros públicos de la Administración central y de todos los ficheros privados, y, por otro lado, otorga a las Comunidades Autónomas la posibilidad de crear un órgano autonómico semejante, al que podrán atribuir básicamente las mismas potestades, pero sólo para el control de los ficheros públicos autonómicos y locales.[43]

El conflicto se planteó, precisamente, en relación con los ámbitos de actuación de la AEPD y de las Agencias autonómicas, y más concretamente, en relación con el control de los ficheros privados. El Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Protección de Datos porque entendían que esa distribución de competencias entre la AEPD y las Agencias Autonómicas de Protección de Datos era contraria al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. A su juicio, el tratamiento automatizado de datos de carácter personal no es una materia competencial específica, sino una actividad instrumental de materias competenciales, de manera que hay que estar al reparto competencial para determinar, en cada caso, según a quien corresponda la materia respecto de la que se haya creado un fichero privado, quién es el competente para controlar dicho fichero.

---

[41] Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en sus SSTC 254/1993, 143/1994, 11/1998, 94/1998, 202/1999, 290/2000 y 292/2000.

[42] LO 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD); sustituida posteriormente por la LO 15/1999, de Protección de flatos de Carácter Personal (LOPD).

[43] El art. 41.1 LOPD establece que «Las funciones de la Agencia de Protección de Datos... serán ejercidas, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control».

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 443



Por eso, al atribuir la ley la ejecución de la misma, en lo que al control de ficheros privados se refiere, en exclusiva a la AEPD, se priva a las agencias autonómicas de las facultades de ejecución respecto de los ficheros privados radicados en sus territorios y creados en la consecución de actividades sobre las que las Comunidades Autónomas fuesen competentes. Por último, añaden los recurrentes que una norma organizativa, como la que crea la AEPD, no puede ser considerada «regulación de las condiciones básicas» a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE.[44]

En su sentencia, el Tribunal Constitucional afirmó que la protección de datos no es una «actividad instrumental de materias competenciales», como entienden los recurrentes, sino que estamos ante el desarrollo y garantía de un derecho fundamental, objeto de la ley orgánica cuyos preceptos se han impugnado. Añade el Tribunal que, de acuerdo con el art. 149.1.1° CE, corresponde a los órganos centrales del Estado asegurar el respeto de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de las condiciones básicas que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los ciudadanos, lo que puede exigir, en casos como éste, la adopción no sólo de garantías normativas sino también institucionales. Así, sin explicar cual es la diferencia entre ficheros públicos y privados que justifica un régimen de garantía distinto, concluye el Tribunal que la garantía del derecho y de la igualdad en el ejercicio del mismo de todos los españoles justifican que sea la AEPD quien controle los ficheros privados allí donde se encuentren y sea quien sea el responsable del mismo.[45]

### b) La Comisión Nacional del Mercado de Valores

La Ley del Mercado de Valores aprobada en 1988 regula la organización y funcionamiento de los mercados de valores primarios y secundarios, establece las normas rectoras de la actividad de los sujetos que intervengan en ellos, así como su régimen de supervisión, y crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), a la que atribuye la función genérica de «velar por la transparencia de los mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores», y a la que dota, para ello, de numerosas facultades y competencias. [46]

Contra dicha ley, y contra dos reales decretos de desarrollo de la misma, presentaron recursos de inconstitucionalidad el Gobierno Vasco, el Parlamento de Cataluña y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, alegando numerosos motivos, de los cuales aquí sólo nos interesan los

---

[44] Algunas de las disposiciones recurridas de la LORTAD fueron sustituidas por otras diferentes de la LOPD, en el sentido que alegaban los recurrentes, por lo cual el Tribunal no se pronunció sobre las mismas.

[45] STC 290/2000. Sobre la misma, entre otros, M. Arenas Ramiro, «Protección de datos y organización territorial», en esta misma obra.

[46] Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 444



relativos a la CNMV, que se refieren, básicamente, a las facultades y potestades atribuidas a dicha entidad, y que los recurrentes consideran competencias de ejecución, que exceden de las que corresponden a los órganos centrales del Estado y que entran dentro de su ámbito de competencias. A juicio de los recurrentes, las competencias del Estado en la materia son la «legislación mercantil» (art. 149.1.6º CE), las «bases de la ordenación del crédito» (art. 149.1.11º CE) y «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13º CE); mientras que, de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas recurrentes tienen «competencia exclusiva en materia de establecimiento y regulación de bolsas de comercio y centros de contratación de mercancías y valores conforme a la legislación mercantil», y «competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de nombramiento de Registradores de la propiedad, agentes de cambio y bolsa y corredores de comercio, e intervención en las demarcaciones correspondientes en su caso».

El Tribunal comienza aclarando los títulos competenciales del Estado que, principal –aunque no exclusivamente–, confluyen en la regulación que contiene la ley impugnada: la legislación mercantil (art. 149.1.6º CE), las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11º CE), y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13º CE), advirtiendo el Tribunal que las bases pueden incluir regulaciones detalladas de aspectos concretos e, incluso, competencias de ejecución, en casos excepcionales e imprescindibles para el ejercicio efectivo de la competencia estatal en la materia. Y añade el Tribunal que la atribución a un ente público como la CNMV de ciertas facultades formará parte del legítimo ejercicio de las competencias antes señaladas en la medida en que constituya presupuesto necesario para garantizar el principio de la unidad de mercado de valores, que es una manifestación del principio de la unidad del orden económico. Por otro lado, reconoce el Tribunal los títulos competenciales recogidos en los Estatutos de Autonomía, pero señalando, primero, que las «bolsas y centros de contratación de valores» sobre los que tienen competencias las Comunidades Autónomas constituyen sólo un tipo dentro del concepto más amplio y global de «mercado de valores», y, segundo, que la competencia sobre los mismos, aún siendo exclusiva de las Comunidades Autónomas, debe ejercerse de acuerdo con la legislación mercantil estatal y las bases en materia de ordenación del crédito y planificación general de la actividad económica.[47]

Así pues, el Tribunal analiza cada una de las facultades o potestades recurridas que la Ley del Mercado de Valores atribuye a la CNMV, determinando si, efectivamente, se trata de competencias que de acuerdo con los tres títulos competenciales señalados corresponden al Estado, o, por el contrario, si corresponden a las Comunidades Autónomas. Así por ejemplo, el Tribunal considera que la norma que atribuye a la CNMV la

[47] STC 133/1997, FJ 3, 4 y 5.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 445



facultad de suspender la negociación de un valor en todos los mercados secundarios es conforme al reparto competencial, pues se trata de una «facultad de ejecución de naturaleza básica» que se justifica por la necesidad de imponer un nivel mínimo, común en todo el territorio nacional, de garantías de solvencia de los valores admitidos a negociación, para asegurar así la estabilidad del sistema financiero y la confianza de los inversores en el mismo.[48] Sin embargo, entiende el Tribunal que la norma que atribuye conjuntamente a la CNMV y a la Comunidad Autónoma la aprobación y modificación de los Estatutos de las Sociedades sí es contraria al reparto de competencias, pues se trata de una facultad de naturaleza ejecutiva sin razón alguna que justifique su carácter básico.[49]

### c) El Tribunal de Defensa de la Competencia

La Ley de Defensa de la competencia aprobada en 1989, que trae causa de la necesidad de adoptar la normativa nacional a las exigencias comunitarias en la materia, tiene por objeto garantizar la existencia de una libre competencia suficiente y protegerla contra todo ataque contrario al interés público. Para ello, prohíbe el abuso de posición dominante en el mercado y las conductas que puedan falsear, restringir o impedir la libre competencia, con posibles excepciones y autorizaciones, fija un sistema de infracciones y sanciones, y regula las concentraciones empresariales. Para garantizar el cumplimiento de la Ley, la misma crea el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), al que atribuye la resolución de expedientes en la materia, la emisión de autorizaciones y la aplicación de sanciones, y el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), al que corresponde instruir los expedientes y vigilar el cumplimiento de la Ley.[50]

Frente a dicha Ley presentaron sendos recursos de inconstitucionalidad el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, al entender que las facultades de ejecución de la ley corresponden a las Comunidades Autónomas, y, por tanto, que al atribuir todas las facultades de ejecución al TDC y al SDC se habían invadido competencias autonómicas. A esa conclusión llegan afirmando, primero, que la materia «defensa de la competencia» no está incluida en la relación del art. 149.1 CE, y, por tanto no corresponde en exclusiva a los órganos centrales del Estado; y, segundo, que sus respectivos Estatutos atribuyen a la Comunidad Autónoma «la competencia exclusiva en materia de comercio interior, sin perjuicio de la legislación sobre defensa de la competencia», lo que significa, a su juicio, que la defensa de la competencia forma parte de la materia «comercio in-

---

[48] STC 133/1997, FJ 9.

[49] STC 133/1997 FJ 9 y 18. Sobre esta sentencia, vid. M. Fuertes, «Mercado único de valores y Comunidades Autónomas», *RAP*, nº 145, 1998, p. 147 y ss.

[50] El Tribunal de Defensa de la Competencia se crea realmente por Ley de 20 de julio de 1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, aunque debe su régimen actual a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, modificada profundamente, en relación con el TDC, por la Ley 24/2001, de acompañamiento de los presupuestos.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 446



terior», con el único límite de la legislación, que los Estatutos atribuyen al Estado, correspondiendo la ejecución de la misma, en relación con las actividades de ámbito autonómico, a las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional, en un fallo complejo y controvertido, sigue de cerca la argumentación de los recurrentes. A diferencia de ellos, sin embargo, comienza afirmando que la «defensa de la competencia» es una materia autónoma, distinta del «comercio interior», pero que coincide parcialmente con ésta. Estima que la competencia en materia de «defensa de la competencia» corresponde a los órganos centrales del Estado, no sólo por la atribución estatutaria que alegan los recurrentes, sino también en virtud del art. 149.1.13º CE (bases y coordinación general de la actividad económica). De ahí deduce el Tribunal que al Estado corresponde la competencia legislativa en la materia, así como la competencia ejecutiva en relación a las prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o en el conjunto del mercado nacional; mientras que, de acuerdo con los Estatutos y la asunción de competencias en «comercio interior» que contienen (aquí es donde coinciden «defensa de la competencia» y «comercio interior»), corresponde a las Comunidades Autónomas la ejecución de la «defensa de la competencia» sólo en relación con las actividades que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten a un mercado superior al autonómico. De acuerdo con esto, el Tribunal declara inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida en las disposiciones que atribuían competencias al TDC,[51] en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación sobre «defensa de la competencia» que corresponden a las Comunidades Autónomas en relación con las actividades que se realicen en su territorio y no afecten a un mercado superior al autonómico.[52]

Este mismo razonamiento ha seguido el Tribunal en una sentencia posterior en la que debía determinar si era conforme con el reparto de competencias la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, de acuerdo con la cual las Comunidades Autónomas son las competentes para otorgar las licencias de apertura de grandes centros comerciales, previo informe no vinculante del TDC. Aplicando su doctrina anterior, el Tribunal concluyó que sólo corresponde al TDC emitir el preceptivo informe sobre la concesión de licencias cuando la apertura del establecimiento pueda alterar la competencia en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma; en los demás casos, la emi-

---

[51] No obstante, el Tribunal difiere la nulidad de dichas disposiciones hasta el momento en que, establecidos por ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas, pues, de lo contrario, se produciría en la materia un vacío contrario a la Constitución, en el ámbito en el que la potestad ejecutiva corresponde a las Comunidades Autónomas los intereses constitucionalmente relevantes quedarían desprotegidos.

[52] STC 208/1999. *Vid.* P. BIGLINO, «Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999», en *REDC*, nº 59, 2000, p. 303-330; S. MARTÍNEZ LAGE, «La Sentencia del Tribunal constitucional de 11 de noviembre de 1999», en *Gaceta Jurídica de la CE*, nº 205, 2000; y Beatriz BELANDO GARÍN, «Defensa de la competencia y comercio interior», en *REDA*, nº 106, 2000.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 447



sión de dicho informe es una facultad ejecutiva que corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud de su competencia sobre «comercio interior».[53]

### d) El Banco de España

El Banco de España, que tiene su origen en el Banco de San Carlos de 1782, ha pasado, desde su creación, por diferentes regímenes jurídicos. En 1980 la Ley de Órganos Rectores del Banco de España otorgó autonomía al Banco en la ejecución de la política económica y monetaria definida por el Gobierno; en 1994 se aprobó la Ley de Autonomía del Banco de España que, en respuesta a las exigencias que planteaba el proceso europeo de unión económica y monetaria, también le atribuyó autonomía para la formulación de dicha política; finalmente, en 1998 el Banco de España cedió esta última competencia en favor del Banco Central Europeo (BCE), de modo que ahora le corresponde la ejecución de la política monetaria que defina el BCE y la supervisión de las entidades de crédito y otro tipo de entidades, para lo cual tiene atribuidas numerosas facultades y competencias.[54]

Ninguna de las leyes mencionadas ha sido objeto de conflicto de competencias, pero sí lo han sido otras normas relativas a la ordenación de la banca, el crédito y los seguros, que atribuían determinadas competencias al Banco de España. El primer conflicto se planteó en relación con la Ley sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Los recurrentes, la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco, consideraban que algunas de las facultades atribuidas por esta ley al Banco de España invadían sus competencias. El Tribunal Constitucional afirmó que al Estado corresponde con carácter exclusivo establecer «las bases de la ordenación del crédito, la banca y los seguros» (art. 149.1.11º CE), advirtiendo que el concepto de bases debe entenderse en su acepción material, que la intensidad de las bases puede llegar incluso a regulaciones de detalle, y que, a pesar del carácter esencialmente normativo de las «bases», también pueden quedar comprendidos en su ámbito los actos ejecutivos que resulten necesarios para la preservación de lo básico o para garantizar la consecución de los fines inherentes a la regulación básica. Por otro lado, reconoce el Tribunal que corresponde a las Comunidades Autónomas recurrentes la competencia exclusiva sobre las instituciones de crédito y las cajas de ahorro, en el marco de las bases que sobre ordenación del crédito y la banca dicte el Estado y de la política monetaria general, así como el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases.

En relación con el Banco de España, el Tribunal comienza afirmando su carácter «básico» como institución, por la función que tiene atribuida y

---

[53] STC 124/2003, FJ 4 y voto particular de D. Javier DELGADO BARRIO.

[54] Ley 30/1980, de 21 de junio, de Órganos Rectores del Banco de España; Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, modificada por Ley 12/1998, de 28 de abril.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 448



porque, en el ejercicio de la potestad normativa, él también contribuye al establecimiento de las bases de la ordenación del crédito y la banca. Respecto a las restantes facultades que se le atribuyen, de carácter ejecutivo, afirma el Tribunal que, a pesar de no ser normativas, quedan comprendidas en el ámbito de las «bases» debido a las exigencias de la unidad del sistema económico general y a la necesidad de actuaciones estatales directas por razones de urgencia en prevención de perjuicios irreversibles para el interés general.[55]

Después de esta sentencia, emitida en 1992, el Tribunal Constitucional ha tenido que volver a pronunciarse en numerosas ocasiones sobre otras normas ordenadoras de la banca, el crédito y los seguros, que también atribuyen ciertas competencias al Banco de España. En las sentencias que resuelven estos conflictos el Tribunal ha razonado de la misma manera que en el caso comentado, determinando si la facultad discutida, a pesar de su carácter ejecutivo, podía considerarse «básica» por las razones antes señaladas.[56]

### III.3. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE «AUTORIDADES INDEPENDIENTES»

En la mayoría de los Estados compuestos en los que existen «autoridades independientes» que actúan en diferentes niveles de organización territorial, en la práctica, el principal problema se ha planteado por la descoordinación y el solapamiento de actividades entre dichas «autoridades», y entre ellas y los restantes poderes públicos competentes en una determinada materia. En un principio, muchas de las «autoridades independientes» se crearon *ad hoc* para desempeñar una tarea determinada y, por regla general, no se previeron mecanismos de coordinación o cooperación ni con otras «autoridades independientes» ni con otros organismos públicos.

Estos problemas se han planteado con especial intensidad en los Estados Unidos. La descoordinación entre las *independent agencies*, y entre éstas y el resto de los órganos del Estado, así como el solapamiento de actividades y la ineficacia que, como consecuencia, afecta a todos ellos, es uno de los problemas que más preocupan allí a los estudiosos del tema. En general, el sistema administrativo federal continúa siendo una especie de sistema poliárquico de organización en el que la proliferación de agencias y su diversificación produce necesariamente el solapamiento de los diferentes organismos y de sus actividades; pero, en este caso, además, el solapamiento de actividades no sólo se produce entre las agencias e instituciones a nivel federal, sino también entre todas éstas y

[55] STC 135/1992, FJ 1 a 5. Posteriormente, el Tribunal resolvió otros dos recursos presentados contra normas de desarrollo de la Ley recurrida en la STC 135/1992, los argumentos de los recurrentes eran iguales a los esgrimidos en la citada sentencia y el Tribunal argumentó de la misma manera que en ésta (SSTC 178/1992 y 87/1993 FJ 5).

[56] STC 155/1993, FJ 7; STC 204/1993, FJ 5; STC 96/1996, FJ 6, 7, 10, 12, 13, 14, 24, 26 y 33; STC 155/1996, FJ 4 a 7 y voto particular; STC 37/1997, FJ 5 y 8; STC 235/1999, FJ 6, 7, 8, 11 y 14; STC 275/2000, FJ 6.

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 449



las que actúan en los Estados Federados y en el ámbito local. Así, por ejemplo, una planta de energía nuclear necesita una licencia de construcción y de funcionamiento de la *Federal Nuclear Regulatory Commission* (agencia independiente federal), la aprobación de las *Land-Use Commissions* («agencias independientes» locales) y de las «agencias independientes» de protección del medio ambiente tanto estatales como federales, y lo mismo ocurre en el sector del gas y la electricidad. El mismo o similar problema se plantea el Reino Unido, donde existe un gran número de «autoridades independientes» que actúan en el nivel central, en el regional y en el local, y entre todas las cuales no se han creado los necesarios mecanismos de coordinación y cooperación.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, aunque hasta el momento el número de «autoridades independientes» sea reducido, eso no significa que no exista peligro de descoordinación e ineficacia, ni que no sean necesarios mecanismos de colaboración. Sirva como ejemplo que, sólo entre las «autoridades independientes» que actúan en el nivel central ya se han detectado signos de este problema; por ejemplo, entre la CNMV, el Banco de España y el Ministerio de Economía y el de Hacienda, en relación con el control de la actividad bancaria y bursátil; así como entre el TDC, la Comisión del mercado de las telecomunicaciones y el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en relación con la supervisión del mercado de las telecomunicaciones.[57]

En cuanto a la cooperación entre las «autoridades independientes» centrales y las autonómicas, el propio Tribunal Constitucional reconoció, en relación con el TDC, la necesidad de articular mecanismos de colaboración entre las «autoridades» autonómicas y el TDC, difiriendo la nulidad de la norma recurrida al momento en el que el legislador aprobase la correspondiente ley.[58] Las leyes relativas a las «autoridades independientes» autonómicas también contienen disposiciones al respecto:

a) En relación a las agencias de protección de datos autonómicas, creadas a partir de la habilitación que contiene la Ley Orgánica de Protección de Datos,[59] esta misma Ley establece que corresponde al Director de la AEPD convocar regularmente a las agencias autonómicas a efectos de

---

[57] Sobre el solapamiento entre la CMT y el Consejo Asesor de Telecomunicaciones, M. TORRE CAVIA, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en J. CREMADES, *Derecho de las telecomunicaciones*, 1997, p. 1132-1133.

[58] STC 208/1999. El legislador aprobó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, sobre coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, que crea mecanismos de resolución de conflictos (a través de una Junta Consultiva en materia de Conflictos) y de coordinación (mediante el Consejo de Defensa de la Competencia y mecanismos de información recíproca), y, finalmente, a fin de procurar la aplicación uniforme de la legislación material de defensa de la competencia, prevé que el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer en calidad de interesado en los procedimientos tramitados ante los órganos autonómicos.

[59] Art. 41.1 LOPD. Se han creado Agencias Autonómicas de Protección de Datos en Madrid (Ley 8/2001, de Protección de Datos), Cataluña (Ley 5/2002, de protección de datos) y en el País Vasco (Ley 2/2004, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública).

11427-450-Estado autonómico55 15/10/05 10:25 Página 450



cooperación institucional y coordinación de criterios o procedimientos de actuación, así como que, entre ellas, podrán solicitarse mutuamente la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.[60] Aunque cada una desarrolla sus competencias en ámbitos diferentes, está en juego la garantía de un derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales, por lo que deben desarrollarse todos los instrumentos de dirección y ordenación necesarios, especialmente para evitar discriminaciones por razones territoriales que pudiesen lesionar el principio de igualdad en la titularidad del derecho fundamental a la protección de datos.[61]

b) En cuanto a los entes de radiotelevisión pública autonómica, creados en desarrollo de la legislación básica sobre el régimen de radio y televisión,[62] la Ley recoge la posibilidad de que entre ellas firmen convenios de colaboración en el ejercicio de sus funciones.[63] Además de los convenios concretos firmados entre dos radiotelevisiones públicas, la principal vía de colaboración ha sido hasta ahora la FORTA (Federación de Organismos de Radiotelevisión Autonómicos), creada en 1989 para cooperar en la gestión, contratando servicios comunes y reduciendo costes, y de la que forman parte la mayoría de las radiotelevisiones públicas.[64] Sin embargo, no debemos olvidar que dichas radiotelevisiones, especialmente las autonómicas y la central, compiten entre sí por una misma audiencia.

c) Por último, en algunas Comunidades Autónomas se han creado «consejos audiovisuales» para ejercer parte de las competencias de regulación y control de ciertas televisiones privadas.[65] Las leyes de creación de estos consejos también contienen referencias a la necesaria colaboración entre ellos y con otros órganos competentes en la materia, y prevén la posibilidad de que firmen convenios de cooperación entre sí[66].

---

[60] Art. 41.3 LOPD.

[61] F. Balaguer Callejón, «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización», en J. Asensi Sabater, *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual,* 1997.

[62] Art. 2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión; y arts. 1 y 7 de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del tercer canal de televisión. En desarrollo de estas normas se han creado radiotelevisiones públicas autonómicas en prácticamente casi todas las Comunidades Autónomas.

[63] Con carácter general, se permite establecer convenios sobre conexión de las cadenas e intercambio de programas y servicios (art.12, Ley 46/1983 del tercer canal ), y convenios de colaboración para emitir programas de una televisión autonómica en el ámbito geográfico de otra (Disp. Adic. 7ª, Ley 46/1983 del tercer canal; y Disp. Adic. Única del Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre). Algunas de las leyes autonómicas establecen además que las televisiones públicas podrán federarse mediante convenios para el desarrollo de sus funciones.

[64] Más información en http://www.forta.es

[65] Consejos audiovisuales a los que podamos calificar de «autoridades independientes», con el sentido que venimos dando a esta expresión, existen sólo en Cataluña (Ley 2/2000, del Consejo Audiovisual de Cataluña) y en Navarra (Ley 18/2001, de la actividad audiovisual en Navarra y el Consejo Audiovisual de Navarra). *Vid.*, Salvador Martínez/Camisón Yagüe, «El consejo audiovisual de la Comunidad de Madrid y la Comisión técnica audiovisual», en G. Escobar Roca (coord.), *El Derecho de la Televisión. Situación y perspectivas en la Comunidad de Madrid.*

[66] Por ejemplo, art. 13 de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo Audiovisual de Cataluña.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 451

# ESTADO AUTONÓMICO Y SOLIDARIDAD

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 452

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 453

# COMPETENCIAS MEDIOAMBIENTALES ESTATUTARIAS: ENTRE LA LEGISLACIÓN BASICA ESTATAL Y LA NORMATIVA LOCAL

**Esteban Arlucea Ruiz**
*Profesor de Derecho Constitucional*
*Universidad del País Vasco*

Celebrar el aniversario de una norma siempre representa una satisfacción, máxime cuando ésta se ha gestado en un marco democrático de derecho, supone una norma de convivencia y ese aniversario es su vigésimo quinto en cuanto muestra de su asentamiento en la sociedad que la dictó. Las celebraciones también son momentos de reflexiones (al menos en el ámbito jurídico). Suponen oportunidades, como es el caso, de meditadas observaciones sobre bondades, deficiencias, insuficiencias y virtudes, esto es, de cuasi lo divino y humano, podría decirse.

En estos veinticinco años el medio ambiente de la Comunidad autónoma ha sufrido variaciones ostensibles, en nada ajenas a las experimentadas en el resto de espacios, pues si algo es aplicable sin duda al ambiente, es un término que desde años ha cobrado tanta cotidianeidad como el de globalización. El ecosistema planetario es interdependiente; lo que en algún alejado punto del planeta ocurre, extiende sus consecuencias a todos los rincones del mismo. Y en ésas estamos. Por ello nos parece conveniente exponer la marcha emprendida desde ese otoño de 1979 hasta nuestros días ya que esta materia tan peculiar es, a su vez, una puntual, pero buena, muestra de la validez o no de la norma institucional básica de, en el caso que nos ocupa, nuestra Comunidad autónoma.

Pero las competencias de estas nuevas administraciones se sitúan dentro de un marco, el más amplio constitucional. De él habremos de arrancar, así como parte de ese marco también lo constituirán los Territorios forales y municipios. Todo este conjunto ha de tenerse en cuenta, pues el resultado es una comunicación de espacios (a veces solapamiento) que conformará una distribución de actuaciones algo diversa a la que la sola contemplación del estatuto parecería conducir.

## I. EL REPARTO DE COMPETENCIAS AMBIENTALES EN SEDE CONSTITUCIONAL COMO PRIMER ESCENARIO A CONTEMPLAR. DE LA VARIEDAD A LA UNIFORMIDAD

A nuestro juicio, el título VIII CE ha observado un comportamiento coherente con la estructura de su art. 45 en materia competencial[1]. De un

[1] Pese a que dicho título haya sido calificado como el más imperfecto del texto constitucional –García de Enterría–; incluso se ha dicho de él –A. Nieto– que supone un compromiso de esquivar pro-

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 454



lado, ciertos apartados de los preceptos 148.1 –el 9º y 149.1 –el 23º– han contemplado la materia medio ambiente como derecho, mientras que otros tratarán cuestiones singulares en que descansa el principio rector medioambiental (art. 45.2)[2] como aspectos competenciales autónomos, pues *cada recurso natural es identificable con un sector material para el que la Constitución ha previsto un determinado régimen de distribución de competencias*[3], apartados que representan, a su vez, visiones integradoras desde perspectivas diversas y complementarias del medio ambiente en cuanto bien jurídico[4]. Paralelamente, y en no pocas ocasiones, más que un bien objeto de directa protección, representará también el contexto en el que se insertan otros bienes específicamente tutelados[5].

El mantenimiento de esta descomposición factorial es apreciable en todos los EEAA, incluido el que fuera el primero de ellos, el del vasco. La CAPV dispone hoy en día de un corpus normativo en desarrollo de las competencias asumidas sobre medio ambiente como derecho y como principio rector (arts. 10 y ss EAPV). Conviene tener presente tales prescripciones pues es reiterada la doctrina del Constitucional afirmando que, salvo muy excepcionalmente[6], ni el Estado ni las CCAA pueden apoyarse en otras previsiones constitucionales que no sean los arts. 148 y 149 o simplemente legales para atribuirse competencias[7]. Sin embargo, lo anterior ha de leer-

---

blemas y de no decir nada, o claramente ambiguo, técnicamente deficiente y frecuentemente contradictorio –L. Parejo–. Realmente introduce una serie de conceptos ambiguos cuya determinación finalmente ha pasado por manos del TC. Qué sea la prevalencia, la supletoriedad, qué es una nacionalidad, una región, la exclusividad, etc, cuestiones polémicas e incluso algunas de ellas abiertas hoy día a la controversia (por todos E. García de Enterría: «La primacía normativa del título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», en *REDA* nº 33/82, pág. 278).

[2] Sobre esta doble categoría de figuras dentro del precepto, derecho y principio rector, me remito al comentario mío al artículo 45 CE en la obra colectiva *Los principios rectores de la política social y económica*, ed. Biblioteca nueva, Madrid, 2004.

[3] Beltrán Aguirre: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de medio ambiente», en *RVAP* nº 41/95, pág. 547.

[4] Del Castillo Mora, D.: «La distribución de competencias en materia de medio ambiente», en *Medio Ambiente&Derecho*, nº 5/01, pág. 7.

[5] Garcia Monteys, R.: «Las aportaciones del Tribunal Constitucional al sistema de distribución de competencias», en AAVV.: *El funcionamiento del estado autonómico*, ed. MAP, Madrid, 1999, págs. 234 y ss.

[6] La STC 94/85 previene que la competencia autonómica para el establecimiento de su propia bandera y enseña deriva del art. 4.2 CE («Los estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las CCAA»). Al margen del anterior casuismo, también se nos ha recordado que la expresión marco constitucional que se emplea en el art. 147.2.d CE permite desbordar el anquilosamiento que en la asunción competencial parecen establecer los arts. 148 y 149 CE (Arlucea Ruiz, E.: «La concurrencia normativa sobre el medio ambiente. Especial referencia al EAPV», en *RVAP* nº 48/97, pág. 270).

[7] Véase el comentario que realiza al respecto Fernández FARRERES en «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en la jurisprudencia Constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes», en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* nº2/99, pág. 27 y ss. Ello, por otra parte, cierra el debate a interpretaciones historicistas de los estatutos de autonomía, según las cuales vendrían a ser expresión de un pacto histórico que encierra en sí la totalidad del contenido autonómico de la Comunidad respectiva (García de Enterria, E.: «La primacía normativa del título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», en REDA nº 33/82, pág. 278). Algo de ello quiso reeditarse con la disposición adicional del EAPV: «*La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente estatuto no implica renuncia del Pueblo vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia...»,* al igual que se hiciera en otros estatutos como el catalán en su disposición adicional primera, el aragonés en su disposición adicional quinta y el navarro en su adicional primera.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 455



se hoy a la luz de la incidencia en el ordenamiento jurídico interno del ingreso en las Comunidades europeas que ha supuesto, de hecho, un recorte de todos los ámbitos competenciales ambientales con independencia de su titularidad[8], hasta el punto que la legislación básica del Estado se limita, *de facto,* en gran medida a la inclusión de las directrices comunitarias[9].

Como tempranamente tuvo ocasión de señalar MUÑOZ MACHADO, la Constitución alteró profundamente el régimen de la distribución competencial ambiental con respecto a épocas precedentes[10]. En este ámbito sectorial concreto, como en todos los demás, la norma constitucional se limitó a dejar abiertas diversas opciones a tomar por las sucesivas Comunidades autónomas a constituirse. Se responde de este modo al principio dispositivo que deriva del carácter pactista que se establece para la elaboración de los estatutos[11]; por lo tanto, el análisis constitucional del régimen ambiental precisa del concurso necesario de tales prescripciones constitucionales, de las estatutarias y, tras un cuarto de siglo de vida de aquélla, de las leyes orgánicas de transferencia de competencias a que en concreto alude su 150.2. Este originario principio dispositivo (recuérdese el enunciado del art. 148.1 CE: «las Comunidades autónomas *podrán* asumir competencias...») pone de relieve precisamente que los constituyentes optaron por la posibilidad de heterogeneidad frente a la uniformidad[12], o lo que con otras palabras ha hecho fortuna, una plasmación del principio de la diversidad en la diversidad[13], en el bien entendido de que no se imponía necesariamente la

---

[8] LOPERENA ROTA, D.: «La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución», en AAVV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. II, De los derechos y deberes fundamentales*, ed. Cívitas, Madrid, 1991, pág. 1475. A. MANGAS MARTÍN ofrece una enumeración de las competencias que se han visto afectadas por la incorporación en *Derecho comunitario europeo y derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 251 y ss. Sin embargo, estas afirmaciones no deben confundirse con otra cuestión ya asentada en nuestro ordenamiento cual es la de la ejecución del derecho comunitario a nivel interno. Polémica ya zanjada en sedes doctrinal y jurisprudencial. A título meramente enunciativo véanse, entre otros muchos, los trabajos de la profesora Paz Andrés SAENZ DE SANTA MARÍA «El derecho de la Unión europea y la distribución de competencias», en la obra colectiva *El funcionamiento del Estado autonómico*, citado, especialmente págs. 264-266 y de A.J. SÁNCHEZ SAEZ, especialmente referido a la materia ambiental, «Un enfoque teleológico de la distribución de competencias ambientales entre el Estado y las Comunidades autónomas en España», en *RADA* nº 5/2004 (claramente el autor señala que «*la entrada de España en las Comunidades europeas no ha supuesto alteración alguna de los parámetros de distribución constitucional interna de las competencias Estado/Comunidad autónoma. Allí donde las directivas o reglamentos remitan a la transposición a derecho interno lo llevará a cabo la administración interna competente*», pág. 116). Dentro de los pronunciamientos del TC resaltamos la 112/1995 y 146/1996, dentro de una doctrina que se puede considerar ya consolidada.

[9] CASTELLS ARTECHE, J.M.: «Responsabilidades municipales en el ámbito del medio ambiente», en *RVAP* nº 41/95, pág. 402.

[10] MUÑOZ MACHADO, S.: «La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades autónomas y las Corporaciones locales en materia de medio ambiente», en *Documentación Administrativa*, nº 190/81, pág. 352.

[11] MARTÍN-RETORTILLO, S.: «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», en *RAP* nº 128/92, pág. 24.

[12] FERNÁNDEZ SEGADO, Fco.: «La construcción jurisprudencial del Estado autonómico», en *RVAP* nº 27/90, pág. 98.

[13] TOMAS Y VALIENTE, F.: *El reparto de competencias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 61. Igualmente, GALERA VICTORIA, A.: «El principio de igualdad en el estado autonómico. La igualdad entre las Comunidades autónomas», en *Revista de estudios jurídicos de la Universidad de Jaén*, nº 1/98, pág. 78.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 456



desigualdad competencial[14]. Sin embargo, el efecto emulación y el correr de los años, se ha alcanzado una cierta homogeneidad, pese a esa potencial diversidad, bien en forma cuanto en contenido. Tal fue parte de la filosofía que impregnaba a los conocidos como segundos pactos autonómicos de comienzos de la década de los noventa, legalmente concretados mediante la Ley Orgánica 9/92, de 23 de diciembre, aunque una década antes ya se aludiera menos ambiciosamente a la misma en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías de mayo de 1981[15]. En estos incipientes años noventa se trataba de proponer fórmulas para lograr una uniformización en las materias sobre las que las Comunidades autónomas pudieran ostentar competencias tras el transcurso del plazo previsto por el 148.2 CE (esa especie de *freno con vigencia temporal limitada*, como lo ha definido algún autor[16]), utilizando como referencia básica la lista contenida en el 148.1 CE. De ahí que acertadamente se haya señalado el valor de esta doble lista no precisamente para diferenciar entre competencias estatales y autonómicas, sino para determinar un lapso temporal para acceder a un nivel superior de autonomía[17].

Pero ¿de dónde se ha partido para llegar al estadio actual? Contrariamente a lo que puede definirse como situación de hoy en día, las primeras normas de régimen local afirmaban el principio de la competencia municipal sobre esta materia en la incipiente comprensión de la misma, muy ligada a los ámbitos de la sanidad y salubridad[18], como es apreciable ya desde su mismo artículo inicial en la Instrucción del 13 de junio de 1813 para el gobierno económico-político de las provincias. Sin embargo, un paulatino centralismo más ligado a comprensiones políticas que materiales, hizo que progresivamente se acusara un proceso de desplazamiento hacia instancias superiores, advirtiéndose desde mediados de los cincuenta del siglo XIX una notable aceleración de este movimiento centralizador[19]. El primer cuarto del siglo XX consolidará esta situación, donde el reglamento municipal de sanidad de 1925 representará ya el acta de defunción de la mayor parte de estas materias para la administración local, pues se procedía a la entrega de la potestad de su regulación al Estado.

Este proceso centralizador lo ha sido eminentemente bajo claves políticas de concentración del poder, como se ha señalado, pero estando ausente

---

[14] López Guerra, L.: «Algunas notas sobre la igualación competencial», en *DA* nº 232-233/1992-1993, pág. 121.

[15] Que, prácticamente simultáneos a la asonada militar del 23-F, vieron la luz en un ambiente donde se hablaba de «rectificación autonómica», «replanteamiento de la cuestión» y de «marcha atrás de las autonomías» (Gutiérrez Llamas, A.: «La reforma estatutaria para la ampliación de competencias preceptuada por el art. 148.2 de la Constitución», en *RVAP*, nº 26/90).

[16] López Guerra, L.: «Modelo abierto y hecho diferencial», en *RVAP* nº 47(II)/97, pág. 99.

[17] Tornos Mas, J.: «La delimitación constitucional de las competencias de legislación básica, bases y legislación de desarrollo y ejecución», en AAVV.: *El funcionamiento del estado autonómico*, ed. MAP, Madrid, 1999, pág. 132.

[18] Abad Pérez, J.J.: «Las Administraciones públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente», en *PJ* nº especial IV, pág. 32.

[19] Real decreto del 17 de marzo de 1847 y ley de sanidad del 55.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 457



del mismo el necesario nexo conector de una comprensión unitaria de la materia. Muestra de ello es, como denuncia la doctrina, que al mismo no siguiera otro de concentración de funciones en órganos únicos[20]. El ambiente continuaba siendo una parca perspectiva, si acaso secundaria, de manera que sobre los criterios ambientales primaban los sectoriales, conforme a los que las competencias sobre aquél eran ejercidas por los órganos responsables de estos diferentes sectores.

Es en este escenario de atomización orgánica[21] cuando adviene la eclosión del medio ambiente como problema insoslayable en los años setenta. Sólo quedaba una alternativa: entender los problemas ambientales en clave material, dejando de lado esa hasta el momento cicatera comprensión competencial.

Este nuevo planteamiento se ve favorecido, si no auspiciado, por el estado de la cuestión a nivel internacional y en los países de nuestro más cercano entorno. La Conferencia de Estocolmo, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974[22], la Conferencia de Helsinki sobre la seguridad y la cooperación en Europa[23], junto con otros foros de análoga entidad, proporcionan un marco de entendimiento de estas cuestiones bajo nuevos cauces de globalidad y transversalidad. Mientras tanto, países como Suiza, Alemania e Italia proceden a la reforma de sus legislaciones para adaptarse a las necesidades de una más eficaz lucha contra las causas y efectos nocivos de la calificada en aquella época ya por algunos, crisis ambiental[24]. A parte

---

[20] Especialmente resaltado por MUÑOZ MACHADO en «La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades autónomas y las Corporaciones locales en materia de medio ambiente» ya citado, pág. 359.

[21] Véase al respecto el retrato que realiza MARTÍNEZ MARTÍN en «Las funciones de las Administraciones públicas en el medio ambiente: intento de sistematización», en *Documentación Administrativa*, nº 190/81.

[22] Aprobada por Resolución nº 3281 (XXIX), del 12 de diciembre. Su art. 30, dentro de su capítulo III, denominado «*Responsabilidades comunes para con la comunidad internacional*», señala: «*La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad...*».

[23] Abierta el 3 de julio de 1973 en Helsinki y continuada en Ginebra del 18 de septiembre de ese año al 21 de julio de 1975 fue clausurada el 1º de agosto del 75 en Helsinki por los altos representantes de diversos Estados europeos, entre ellos España, EEUU, la URSS y Turquía. En su parte relativa al medio ambiente (sección «Cooperación en materia de economía, ciencia y tecnología, y medio ambiente») se afirma que «*la protección del medio ambiente, así como la protección de la naturaleza y la utilización racional de sus recursos en beneficio de las generaciones presentes y futuras, constituyen una de las tareas de máxima importancia para el bienestar de los pueblos y el desarrollo económico de todos los países...*».

[24] El gobierno federal alemán aprobó en el 70 su primer programa de acción ambiental, aunque carecía de los mejores instrumentos para llevarlo a cabo, pues la LFB no reconocía a la federación competencias en esta materia. Al objeto de situar en su esfera la posibilidad de dictar legislación general ambiental la ley constitucional del 12 de abril de 1972 introducía un nuevo apartado en su originario art. 75 que resituaba esta materia en el haz de competencias del Estado Federal.
En Italia la Comisión Giannini estudió a mediados de los setenta el tema de la distribución de las competencias ambientales entre República y Regiones. Los resultados de esta Comisión, algo retocados, se plasman en el decreto 616/77 (sus conclusiones pueden leerse en *Il completamento dell´ordinamento regionale*, ed. Il Mulino, Bolonia, 1976, pág. 37 y ss.).

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 458



de en algunos casos situarlo en sede constitucional misma (Alemania), se comienza a plasmar, si bien indirectamente, la ya en esta época apreciada faceta de la realidad ambiental consistente en la inexistencia de fronteras para el daño ambiental, la interdependencia de los diversos ecosistemas que forman el planeta. Las principales funciones sobre los sectores en que se desgrana el ambiente serán entregadas a los órganos centrales de los Estados e, incluso, como es ejemplo singular la UE, a órganos supranacionales, al esfuerzo de elaborar políticas coherentes, aunque dando cabida a actuaciones particulares incardinadas en su seno. El constituyente español de los setenta recogió este testigo comparado de forma general en el inciso final del 45.2 CE (indispensable solidaridad colectiva), así como puntualmente en el marco competencial que ampara: «*legislación básica sobre protección del medio ambiente...*», expresión sobre la que el TC ha tenido ocasión de entrar a conocer en múltiples ocasiones, como más adelante veremos. Por ello habrá de ser el Estado (dentro de nuestras fronteras) el que deba realizar –y nos servimos de expresiones de nuestro Constitucional– «*el encuadramiento de una política global de medio ambiente dado el alcance no sólo nacional sino internacional que tiene la regulación de esta materia*» (STC 64/82, del 4 de noviembre, en su fdto. jco. 4º).

Las dos notas fundamentales que presiden la visión de esta materia dentro del título VIII CE pueden concretarse en las siguientes. De un lado, la concurrencia establecida en el 149.1.23. Desde un principio fue recepcionada por los estatutos de la llamada vía rápida con unas fórmulas que, si bien resultan parecidas, presentan diverso alcance. Como a renglón seguido veremos, la asunción seguida por el estatuto catalán (art. 10.1.6: en el marco de la legislación básica del Estado le corresponde el desarrollo legislativo y ejecución sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de sus facultades para establecer normas adicionales de protección) difiere de la del País Vasco (art. 11.1.a: desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado sobre medio ambiente y ecología) y Galicia (art. 27.30: competencia exclusiva en el establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente y del paisaje), mientras que Andalucía se acerca a la fórmula vasca (art. 15.1.7ª: desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la regulación general del Estado, del medio ambiente y la higiene de la contaminación biótica y abiótica), Valencia a la catalana (art. 32.6: en el marco de la legislación básica del Estado corresponde el desarrollo legislativo y ejecución de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de establecer normas adicionales de protección), siendo Canarias la que más se aparte de las anteriores fórmulas (art. 33.a).

Y de otro lado, el contenido de la expresión medio ambiente que se recoge en el cap. III del tít. I es diverso al del tít. VIII. La doctrina ya se ha detenido en este extremo destacando que ambos conceptos quedan concebidos bajo parámetros materiales diversos. Del concepto globalizante amparado en el art. 45.1 se pasa a una concepción residual del

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 459



mismo en estos artículos 148.1.9 y 149.1.23 adoptada para «*completar el tratamiento de la distribución competencial en aquellos aspectos que no tienen un concreto tratamiento*»[25].

Sin embargo, ello es algo coherente con la lógica estructural de una descentralización de funciones y materias cuando el significado de un concepto descansa en contenidos tan plurales como el nuestro. Por ello, estimamos acertada la reserva constitucional al Estado de funciones generales en esta materia, ya que la indivisibilidad del ambiente en cuanto problema excluye la solución decisoria más local. Ese es el pleno sentido que en todo momento cobra la reserva de la legislación básica que opera el recurrente 149.1.23 CE. Y a esta complejidad derivada de un contenido calificado hasta la saciedad de ambiguo, problemáticamente determinable e interesadamente mal definido en las normas, hay que añadir el contexto histórico que atravesaba España y calificado por algún autor como «*el acontecimiento datable más importante de sus últimos cinco siglos*»: la evolución de un Estado centralista a otro policéntrico[26].

## I.1. PUES BIEN, A LA LUZ DE CÓMO LOS DIVERSOS ESTATUTOS HAN ASUMIDO COMPETENCIAS DE LOS ARTS. 148.1.9 Y 149.1.23 PUEDE ESTABLECERSE LA CLASIFICACIÓN QUE SIGUE

### I.1.1. Estatutos de la llamada vía rápida

Existen varias diferencias, aunque reconducibles a tres tipos básicos, el modelo catalán, el vasco y el gallego. Cataluña es la comunidad autónoma que inicia el tipo más completo de los posibles. Su estatuto de 1979 acuña para dicha comunidad la capacidad de dictar legislación de desarrollo y ejecución en materia de protección ambiental, sin perjuicio de su facultad para el establecimiento de normas adicionales de protección. Por el contrario, Galicia se limita al establecimiento de normas adicionales de protección. Entremedio el País vasco, seguido en ello por Andalucía, se limita a recoger su potestad para el desarrollo legislativo y ejecución de las normas estatales, pero sin alusión expresa al establecimiento de normas adicionales de protección. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que en la práctica la doctrina la entienda implícita en su capacidad de desarrollo de la legislación básica estatal[27], con lo que los tres apriorísticos modelos se limitarían, *de facto*, a dos.

---

[25] MUÑOZ MACHADO, S.: «La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades autónomas y las Corporaciones locales en materia de medio ambiente», citado, pág. 367. Igualmente CUCHILLO FOIX, M.: «Las competencias de la Generalitat de Catalunya en materia de medio ambiente», en AAVV.: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, ed. Cívitas, Madrid, 1989, pág. 247.

[26] MARTÍN MATEO, R.: *Manual de derecho autonómico*, ed. Abellá, Madrid, 1986, pág. 9.

[27] BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de medio ambiente», citado, pág. 556.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 460



### I.1.2. Estatutos adoptados según el 146 CE

#### I.1.2.1. Momento inicial

Esto es, desde su aprobación a principios de los ochenta hasta sus reformas de los años noventa propiciadas por la ley orgánica 9/92. Se limitaron a asumir funciones de gestión sobre la protección del medio al amparo del 148.1.9ª, con la excepción de las comunidades madrileña y balear que, por su parte y al margen de ese 148.1, asumieron el desarrollo legislativo en el marco de la legislación básica estatal para el establecimiento de las normas adicionales de protección del ambiente (art. 27.10 y 11.5 respectivamente)[28]. En consecuencia, la legislación básica del 149.1.23 pasa a ser en este momento inicial y frente a estas Comunidades autónomas, legislación ordinaria tan extensa como se entienda oportuno.

#### I.1.2.2. De los pactos de 1992 a la Ley Orgánica 9/92, de 23 de diciembre. Las subsiguientes reformas estatutarias:

Esta norma es la primera concreción legislativa de los segundos pactos autonómicos del 28 de febrero de 1992, a la que necesariamente seguirán las, en este caso once, leyes orgánicas de reforma estatutaria de marzo de 1994[29], las dos de diciembre de 1996 (Canarias y Aragón), la de Castilla-La Mancha de 1997 y las de Murcia y Madrid de mediados de 1998, entendidas como la forma ordinaria de completar el proceso autonómico con carácter constitutivo[30]. El cumplimiento de la previsión constitucional contenida en el 148.2 tras ese período transitorio de cinco años de «*entrenamiento*»[31], volvió a abrir el debate de la equiparación competencial (ultimar el título VIII CE)[32], que no igualación, como posteriormente ha decretado su imposibilidad el TC (*v.gr.* STC 37/97), al objeto de alcanzar un sistema más operativo. Estos pactos tienden a conseguir un funcionamiento más racional y homogéneo del conjunto del Estado, aprovechando toda la potencialidad de su diversidad, dentro del marco de la libre manifestación de voluntades en que, a tenor de las previsiones constitucionales, descansa el sistema. El consenso político vuelve a reinstaurarse como una necesaria exigencia en esta tarea.

---

[28] Precisamente ello ha hecho que la doctrina se interrogue por la constitucionalidad de tales asunciones competenciales. Al respecto, MARTÍN MATEO, R.: *Tratado de derecho ambiental*, vol. I, ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 262.

[29] GARCÍA DE ENTERRÍA habla de *ineluctabilidad* de estas reformas no ya únicamente por mandato constitucional, sino por representar el instrumento de garantía de su plena autonomía (*La revisión del sistema de autonomías territoriales: reforma de estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo*, ed. Cívitas, Madrid, 1988, pág. 47). Las mismas fueron las LLOO 1-11/94 de 24 de marzo.

[30] GARCÍA CANALES, M.: «La reforma de los estatutos y el principio dispositivo», en *REDC*, nº 23/88, pág. 175.

[31] LEGUINA VILLA, J.: «Las Comunidades autónomas», en AAVV: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Pedrieri y E. García de Enterría*, ed. Cívitas, Madrid, 1984, pág. 810.

[32] GARCIA ROCA, J.: «Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad», en *RVAP* nº 47(II)/97, pág. 65.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 461



La primera consecuencia legislativa de los mismos fue la promulgación diez meses más tarde de la Ley Orgánica 9/92, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución, ley que pretendió dar satisfacción a las aspiraciones de asunción de nuevas competencias, como ella misma expresa en su Exposición de motivos. Pero esa transferencia de competencias utilizando la vía prevista en el 150.2 CE, supuso la ocasión para paralelamente responder a otra necesidad acuciante desde el punto de vista organizativo del mapa territorial del Estado: la ordenación racionalizada, dentro de la autonomía política del art. 2 CE, del singular entramado competencial del conjunto de estatutos de las Comunidades autónomas del 143 CE. Tratará, pues, de limar las disfuncionalidades operativas de la diversa enumeración de competencias, la diversidad de niveles con que éstas quedaron asumidas en los ochenta y las innumerables dicciones con que aparecen formuladas en cada uno de ellos pese a tener como fuente sólo los veintidós apartados en que se estructura el 148.1 (a este respecto precisamente los pactos vienen a resaltar que «*el simple análisis terminológico de los estatutos permite identificar en un número superior a doscientos las referencias que se contienen de las diferentes materias que se asumen como competencia*»). Maremagno competencial debido no sólo al deseo primordial de evitar el funcionamiento de la cláusula del 149.3[33] y por la variedad y complejidad de la descripción de materias y funciones[34], sino también por la creencia de que sin competencias exclusivas no existía autonomía.

Reordenación, decíamos, al objeto de lograr una mayor equiparación competencial, algo bien diverso, por otro lado, de conceptos como igualación, interdictada por nuestro TC. Los criterios seguidos para alcanzar tales metas se concretaron en los siguientes:

*1. Procurar una adecuación de los diferentes títulos competenciales, de tal manera que se evite la proliferación de enunciados que, por estar comprendidos en otros más amplios o por responder a simples funciones o actividades administrativas, no se consideren necesarios[35].*

*2. Tratamiento homogéneo de las competencias que aparecen como diferidas en los estatutos o recogidas en niveles competenciales diferentes.*

*3. Contemplar situaciones específicas que afectan a una sola comunidad autónoma.*

---

[33] MEILAN GIL, J.L.: «La articulación de los ordenamientos estatal y autonómico», en AAVV: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí,* ed. Cívitas, Madrid, 1989, pág. 778.

[34] GARCIA MONTEYS, R.: «Las aportaciones del Tribunal Constitucional al sistema de distribución de competencias», en AAVV.: *El funcionamiento del estado autonómico*, ed. MAP, Madrid, 1999, pág. 219.

[35] La parcelación en tantos bloques materiales específicos obedeció al deseo de evitar la entrada en funcionamiento de la cláusula residual de atribución de competencias del Estado debido a la incertidumbre inicial sobre el posible alcance de cada materia. De esta forma se evitaba el que la no inclusión pudiera ser interpretada como renuncia a la materia. Paralelamente, la idea de que una mayor asunción de competencias era sinónimo en todo caso de una mayor autonomía estuvo siempre presente.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 462



La posterior Ley Orgánica transfiere en su art. 3.c la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en la materia de normas adicionales de protección del medio ambiente. Ahora bien, una lectura conjunta de Constitución, esta ley orgánica y ciertos estatutos de autonomía arroja interrogantes sobre el alcance de la competencia aludida en este art. 3.c. De un lado, el art. 149.1.23 CE expresamente señala que es competencia exclusiva del Estado «*la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades autónomas para establecer normas adicionales de protección*». La doctrina mayoritaria ha visto en esta dicción dos ámbitos materiales diversos, aunque también se reconoce que haya de serse muy sutil para respetarlos pues, como vino a señalar el TC en su sentencia 149/91 de 4 de julio, «*en la práctica es muy difícil distinguir entre normas que desarrollan la legislación estatal (básica) y normas que establecen medidas adicionales de protección ambiental*». Así el párrafo 23 del artículo, que por otra parte está dirigido al Estado y a las Comunidades autónomas (inicialmente a las del 151; tras los cinco años del 148.2, también a éstas de vía lenta), recoge dos ámbitos materiales, el establecimiento de la legislación básica sobre protección ambiental que deposita en exclusiva en el Estado, pero junto a ésta la facultad de las CCAA, dentro de la dinámica de la concurrencia, de desarrollar legislativamente aquélla. El segundo bloque material se inaugura con la cláusula *sin perjuicio* respecto al establecimiento de normas adicionales de protección[36].

Como conclusión de las anteriores reflexiones, parece que el escenario planteado se dibuja de la siguiente manera. El Estado elaborará legislación sobre protección del ambiente que materialmente habrá de ser básica (en estrictos términos del 149.1.23 CE) para las Comunidades de vía rápida al tener éstas asumidas la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, mientras que para las iniciales Comunidades del 143, y en virtud del 149.3 CE[37], la legislación básica se convertirá en normativa agotadora de la materia. Paralelamente, las del 151 podrán establecer normas adicionales de protección, mientras que el resto desarrollar legislativamente y ejecutar ese ámbito a resultas del art. 3c de la Ley Orgánica 9/92 y su materialización posterior en las sucesivas reformas estatutarias. Ahora bien, esta argumentación se verá en cierto modo empañada por el alcance que el TC da singularmente al término legislación básica del 149.1.23, apartándose de su doctrina genérica sobre el particular y por la dificultad de hecho de que el establecimiento de adicionales medidas protectoras no vulnere otros principios constitucionales[38].

---

[36] Fernández Segado, F.: «La construcción jurisprudencial del estado autonómico», en *RVAP* nº 27/90, pág. 99.

[37] «*La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderá al Estado...*».

[38] Singularmente la libertad de empresa del art. 38, la interdicción de medidas que obstaculicen la libre circulación de bienes del 139.2 y la igualdad del 149.1.1.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 463



Por otra parte, una segunda lectura del título VIII en la clave dispuesta en el art. 45.2 CE pluraliza y da más complejidad a la situación anterior. En orden a una posible descentralización material, el constituyente sectorializó, en este caso, gran parte del contenido del medio ambiente, y de las llamadas materias conexas al medio ambiente[39]. Nuevamente hay que observar que en esta tarea de determinación de cuáles sean, la Constitución representa una de sus fuentes de conocimiento, pero junto con ella, los estatutos son imprescindibles, pues, como también ya hemos señalado, aparecen en éstos ciertas materias eminentemente ambientales pero novedosas desde el punto de vista del doble listado constitucional, es el caso de la ecología, espacios naturales protegidos, protección de la fauna, etc. Bajo esta perspectiva las Comunidades autónomas del 143 también han vivido su momento de ampliación competencial en los noventa. La ley orgánica 9/92 transfiere competencias en diverso régimen de actuación: competencias exclusivas (art. 2.a, g y h, y 5.1 únicamente para Baleares)[40], de desarrollo legislativo y ejecución con carácter general a todas (art. 3.d)[41] y particularmente a algunas (Asturias, Cantabria, Murcia y Baleares) sobre alguna otra materia (art. 5.3)[42].

Sin embargo, la gran mayoría participa de la idea de permitir ejercer al Estado competencias legislativas sobre las mismas cuya amplitud dependerá, de una parte, de la materia en concreto, y de otra, del tenor mismo del respectivo estatuto[43]. No nos detenemos en su enumeración que apelaría a la casuística de cada estatuto, pues volveremos sobre ello líneas más adelante cuanto retomemos la cuestión referida al estatuto de la Comunidad vasca.

## II. LA SEGUNDA CUESTIÓN: LAS FUNCIONES RESERVADAS A LAS DIVERSAS ADMINISTRACIONES

Desde otro punto de vista es indudable que el título VIII contempla la materia ambiental desde un triple prisma, en cuanto materia *per se*, en cuanto recursos naturales que forman parte de su contenido y finalmente, por su función de soporte geográfico donde se viene a desempeñar otras com-

---

[39] ABAD PÉREZ, J.J.: «Las administraciones públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente», en *PJ* nº especial IV, pág. 39.

[40] «*Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad autónoma*», «*industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear*» e «*instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad autónoma*», respectivamente. A Baleares (art. 5.1) «*transporte marítimo que se lleve a cabo exclusivamente entre puertos o puntos de la Comunidad, sin conexión con otros puertos o puntos de otros ámbitos territoriales*».

[41] «*Régimen minero y energético*».

[42] «*Ordenación del sector pesquero*».

[43] ABAD PÉREZ, J.J.: «Las administraciones públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente», citado, pág. 39.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 464



petencias. No es extraño que esta trilogía de perspectivas llevara ya tempranamente a nuestro Tribunal constitucional a subrayar que las cuestiones relativas al ambiente afectan a los sectores más variados del ordenamiento jurídico[44]. Ello genera una realidad plural y compleja, muchas veces particularizada, debido en ocasiones más a simples ejercicios lingüísticos que a realidades diferenciables. El uso de expresiones acaso no sinónimas pero sí referibles a ámbitos iguales, generalmente empleadas a los efectos de buscar pluses de actuación en los aledaños de las competencias estatales, ha complicado el análisis de este entramado jurídico ambiental. Los segundos pactos autonómicos del 92, como hemos apuntado, pusieron algo de lógica en estas cuestiones, haciéndose de todo punto necesaria cierta homogeneización en los títulos competenciales asumidos durante el proceso de implantación de las autonomías de los primeros ochenta.

Pero como pronto advirtiera nuestro TC, no sólo lo anterior se hacía urgentemente abordable. La otra necesaria faceta de toda competencia, la función a ejercer sobre la misma, precisaba en ciertos sectores materiales de algunas puntualizaciones conceptuales que no parecían desprenderse de su solo enunciado. Era el caso de vocablos tales como «*legislación*», «*ejecución*», «*bases*», «*normas básicas*» y «*legislación básica*». Ahora bien, incluso dentro de alguna de éstas, se harán precisas ulteriores concreciones derivadas de la singularidad de la materia sobre la que recaen. Es el caso de la *legislación básica* sobre protección del medio ambiente, locución sobre la que nos vamos a detener.

«*Legislación básica*» se emplea *ex constitutione* en más apartados de este rico art. 149.1. Ejemplos del mismo régimen funcional son la seguridad social (art. 149.1.17), los contratos, concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas (art. 149.1.18 *in fine*) o los montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (art. 149.1.23 *in fine*). Los estatutos, por su parte, no han advertido diferencias en razón de las diversas materias sujetas a este régimen y algunos de los sectores anteriores han sido acogidos al sistema de la concurrencia mediante las funciones autonómicas del desarrollo legislativo y ejecución de esa legislación básica estatal. Los arts. 11.1a (medio ambiente) y 18.2a (seguridad social) del Estatuto Vasco muestran esta pauta de actuación. Pero es que tal proceder ha venido a ser común en el resto de Comunidades autónomas de la vía rápida. Así, Cataluña reconoce en su art. 10.1 que le corresponde el desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado del sistema de responsabilidad de la administración de la Generalidad, de los contratos y concesiones administrativas, de la protección del medio ambiente y de la seguridad social. Galicia viene a hacer lo mismo en sus arts. 28.2 (contratos y concesiones administrativas) y 33.2 (seguridad social), al igual que Andalucía (arts. 15.1.2ª y 7ª y 20.2a) y Valencia (arts. 32 párrafos uno,

[44] STC 64/82, del 4 de noviembre, fdto. jco. 2º.

11451-486-Estado autonomico56 15/10/05 10:37 Página 465



dos y seis y 38.2). Estatutos que no recogen ninguna diferencia en cuanto al alcance que esa función pueda entrañar.

Esta compartición normativa que se ha resuelto en el polémico binomio legislación continente de lo básico por parte del Estado/legislación de desarrollo más ejecución para las Comunidades autónomas, plantea ciertas peculiaridades en el sector ambiental que lo hace excepcional con respecto al que bien pudiera concebirse como régimen general, de manera que el espacio dejado a la normativa autonómica de desarrollo genera un *plus* de debate en el ya de por sí debatible espacio dejado a la opción legislativa de las Comunidades. Y el Tribunal Constitucional ha sido el constructor de esta singular concurrencia ambiental, especialmente a lo largo de varias sentencias dictadas a partir de los años noventa que reabren el debate, que ya parecía zanjado en la década anterior, sobre el contenido material de lo básico. Y es que el abordaje de esta temática comienza con sus primeras sentencias buscando el significado constitucional de la expresión en un sentido genérico (SSTC 32/81, de 28 de julio y 1/82, de 28 de enero), que es lo que parece variar años más tarde hasta llegarse en el momento actual a una solución cercana a la general, mas no exactamente igual. Señala por lo demás algún autor que esta relación bases/desarrollo fue intencionadamente buscada para permitir aprobar Constitución y Estatutos ya que ofrecía una fórmula lo suficientemente vaga como para que las partes afectadas dieran su visto bueno al texto consensuado. Pero mientras unos veían en el concepto de lo básico una expresión que reducía la competencial estatal a una norma principal y de contenido negativo, otros entendieron que podría ejercerse una amplia potestad legislativa[45]. Algo de estas posturas no ha estado al margen de la doctrina de nuestro constitucional a lo largo de su andadura.

Durante los primeros años de vida del Constitucional la labor al respecto se centró en perfilar un significado generalizable de la expresión, pero que a la vez, y debido a la reciente puesta en marcha del proceso de autonomización (impulsado con denuedo por los pactos autonómicos de 1981), resultara funcional al mismo y permitiera echar a andar a esas nuevas administraciones territoriales[46]. A este fin se concluyó la posibilidad de que lo básico fuera deducido del ordenamiento en vigor en la tarea de desarrollarlo (formado en gran medida todavía por normas provenientes del régimen anterior territorialmente lo más opuesto al que se había inaugurado a finales del 78). Pero esta cuestión que tenía su trascendencia en orden a la regular marcha de la vida autonómica, era subsiguiente respecto a lo que había de entenderse por lo básico, y nuestro TC parecía que lo tenía claro desde un principio cuando lo calificó de mínimo denominador normativo sobre un sector (STC 1/82) y en

---

[45] TORNOS MAS, J.: «La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RVAP* nº 31/91.

[46] ALBERTI ROVIRA, E.: «La noción de bases y el desarrollo estatutario», en AAVV.: *Estudios sobre el estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, ed. IVAP, Oñati, 1991, pág. 326.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 466



concreto, unos pocos años más tarde, como «*aspectos centrales y nucleares del régimen jurídico de una determinada institución*» (STC 76/86, de 9 de junio). En aquellos órdenes materiales que estuvieran sujetos a este régimen, el Estado se veía impelido a determinar para todo su conjunto un *minimum* normativo que cumpliera los objetivos de servir de soporte común reconocible en cualquier parte del territorio, a la vez que permitir actualizar el derecho a la autonomía política del art. 2 CE, posibilitando a las Comunidades Autónomas con competencia sobre ello completarlas según el propio entendimiento político de la ordenación del sector concreto, una suerte, en definitiva, de consenso entre uniformidad y diversidad. La STC 147/91 lo expresaba con inmejorable claridad: «*la definición de las bases tiene por objeto crear un marco normativo unitario dentro del cual las CCAA dispongan de un margen de actuación que les permita establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses*». Esta convivencia ya se avanzaba, sin embargo, desde sus primeros pronunciamientos cuando se sostenía que «*el establecimiento por parte del Estado de las bases no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad autónoma*» (STC 1/82, fdto. jco. 1º).

Este planteamiento garantizaba diferenciar entre lo que era la fórmula de expresión de una competencia que llamaba para la normación completa de la materia a dos administraciones políticas diversas, y una velada cláusula de atribución competencial, cuestión ésta que estaba, por otra parte, en mente sobre todo, de las Comunidades autónomas. No era difícil observar que los problemas para concretar legislativamente el sustrato mínimo de los sectores sometidos a concurrencia podrían originar un exceso en su calificación, lo que en la lógica del funcionamiento de esta técnica colegislativa implicaba una minoración del espacio autonómico de regulación, hasta el extremo de que si lo básico descendía a cotas de detalle (autorizaciones a una refinería de petróleo –STC 24/85– o autorización de un aditivo –STC 91/85– la normativa autonómica de desarrollo podría carecer de sentido por imposibilidad de desarrollar tan puntuales decisiones, mucho más cercanas a lo administrativo, cuando no instaladas en él, que en el marco o encuadre general de un sector.

El Tribunal Constitucional comienza su andadura bajo una correcta comprensión de la relación que exige este mecanismo de regulación competencial, hasta que al final –como sostiene ALBERTI ROVIRA– se haga totalmente imprescindible su jurisprudencia para la inteligencia del modelo concurrencial[47]. El mismo adecuadamente se ubica en uno de los preceptos reconocedores de competencias y precisamente es una fórmula de ordenación de espacios respectivos bajo funciones que sólo más tarde (a finales de los ochenta) se definirán con una naturaleza preceptiva.

[47] ALBERTI ROVIRA, E.: «La noción de bases y el desarrollo estatutario», en AAVV.: *Estudios sobre el estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, citado, pág. 321.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 467



Pero en modo alguno constituye ni puede constituir una cláusula de atribución de competencias, la cual, por su parte, está expresamente recogida en el 149.3 CE. La relación que inaugura intentó plasmarse incluso legislativamente en la controvertida LOAPA, finalmente reducida por el TC a Ley del Proceso Autonómico (LPA) en su art. 2º que definía lo básico, en términos coincidentes con la doctrina constitucional, como «*aquella determinación de los principios, directrices y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trate y, en todo caso, los criterios generales y comunes a que habrán de acomodarse necesariamente las normas autonómicas de desarrollo*». La definitiva LPA de 1983, a la luz del recurso previo de inconstitucionalidad sentenciado, omite la regulación anterior que no obstante fue, antes de ella y posteriormente a la misma, doctrina del máximo intérprete de la Constitución. Sin embargo, ello no impidió que en esta década de los ochenta se fraguara una conceptualización definida del contenido de lo básico. Se trataba de aquella regulación normativa uniforme y estable, de vigencia para toda la nación, que descansa en un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad autónoma pueda establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco definido por Constitución y respectivo estatuto. Sus aspectos formales de expresión quedan resaltados a partir de las SSTC 69/88 y 80/88, aunque ya se advirtieran en la STC 32/83 al declarar inconstitucionales ciertos artículos de un real decreto por falta de rango legal.

Paulatinamente el constitucional va ampliando las posibilidades de contenido de lo básico, como ya se ha sugerido. Y en la doctrina que emana de la resolución de estos recursos es importante la materia sobre la que versa el conflicto y no sólo porque obviamente resulte imposible la definición precisa, apriorística y genérica de las bases como bien destaca la STC 32/81 del 28 de julio, sino porque «*en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener, sin duda, un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional*» (STC 24/85), de lo que parece deducirse que la naturaleza de la materia proporciona no sólo intensidades diferentes a la intervención estatal en su fijación, sino también puede afectar a su intrínseca vocación de perdurabilidad, ya sancionada desde la STC 1/82 de 28 de enero, al consentir regulaciones inmediatas de situaciones concretas.

Será la STC 149/91 de 4 de julio, dictada en resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos de la Ley de Costas 22/88, la que con toda claridad especifique que el medio ambiente es una de esas materias a las que *in genere* se refería la aludida sentencia de 1985. Una materia que en este sentido participa de las cualidades de otras como la sanidad interior y la económica, sectores en los que la descripción básica estatal permite un grado de pormenorización más detallista que en el resto. El TC realiza una lectura comparativa de varios apartados de este 149.1 CE llegando a una conclusión diversa de la vista

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 468



hasta el momento sobre la dinámica que instauran estas competencias concurrentes. Luego de reconocer la diferencia con respecto al empleo en otros apartados del precepto del término bases, procede a su comparativa con aquellos párrafos en los que esta concurrencia se articula en torno a la expresión legislación básica o normas básicas (149.1.27) que expresamente destaca. Pues bien, el Tribunal construye su novedosa teoría partiendo del análisis de los apartados 17 y 27 y contraponiendo su sentido al 23. En primer lugar, parece deducirse una suerte de diferencia de contenidos entre las expresiones bases y legislación básica a la que equipara la de normas básicas[48]. Para defender su planteamiento reconoce que «*no utiliza aquí la Constitución, como en otros lugares (149.1.13, 16,18 o 25), el concepto de bases, sino el de legislación básica*», razonamiento empleado para deducir, al parecer, ciertas diferencias conceptuales entre ambas locuciones. En segundo lugar, si parecía adivinarse de lo anterior conceptos diversos de expresiones asimismo diversas, no sucede lo propio con la de legislación básica y normas básicas, a las que cita indistintamente en apoyo de su argumentación.

Pero no obstante estas dos cuestiones anteriores, como se ha destacado, analiza comparativamente los apartados 17 y 27 por un lado para confrontarlos con el 23. De la dicción de los primeros concluye el Alto Tribunal que cuando el constituyente ha querido referirse a la concurrencia bajo la expresión legislación básica así lo ha plasmado en el texto bien implícitamente (149.1.17)[49], bien explícitamente (149.1.27)[50], de forma que sólo ante estos supuestos el estatuyente debería haber podido asumir competencias en los respectivos órdenes materiales en aplicación de la cláusula «*sin perjuicio*». *A sensu contrario*, cuando se ha silenciado la colaboración en el mismo precepto ésta ha de entenderse vedada a las Comunidades autónomas, máxime cuando, al entender del propio Tribunal, el mismo precepto articula la participación autonómica en la materia, el establecimiento de las normas adicionales de protección. Consecuencia de ello resulta que bajo esta expresión y en materia de medio ambiente «*el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en otros ámbitos y, en consecuencia, no cabe afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales aduciendo que, por el detalle con el que están concebidas, no permiten desarrollo normativo alguno*». Si el TC siempre ha huido

[48] Esta locución, como veremos, se acuña únicamente en el apartado 27 del 149.1 CE, y expresamente destaca *in fine* que esa normativa básica estatal lo es sin perjuicio de su desarrollo y ejecución por las comunidades competentes en la materia (medios de comunicación social). Ante ello el Tribunal infiere que aunque las expresiones sean disímiles, el detalle de lo básico estatal se realiza mediante la misma técnica (desarrollo y ejecución), pudiéndose dar entre ambas, en consecuencia, una suerte de equiparación.

[49] Deducible por el Tribunal en la frase «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades autónomas».

[50] «Sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades autónomas».

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 469



de la calificación de la normativa básica como, a la postre, un criterio que incida en el reparto competencial, redefiniéndolo en aquellas materias sobre las que recaiga, esta sentencia abre precisamente esta puerta. El alcance de este fallo permitirá a las Cortes Generales legislar olvidándose del reparto competencial del boque de la constitucionalidad, convirtiendo a los Parlamentos autónomos en meros reproductores de aquéllas. El fallo del Alto Tribunal no admite más lecturas[51].

Y posiblemente por ello cuatro años más tarde asistimos a un giro copernicano a este respecto. La STC 102/95 de 26 de junio se aparta del sentido de la resolución anterior, rechazándola expresamente y que se confirma, entre otras, en la reciente 194/04, del 10 de noviembre. Pocas veces las rectificaciones del constitucional han sido tan aplastantes como la que se realiza en el fdto. jco. 8º de este fallo de 1995; sentencia importante, resolutoria de varios conflictos de competencia acumulados contra la Ley 4/89 de conservación de espacios naturales y flora y fauna silvestres. Esta vuelve a resituar la dinámica de actuación bajo estrictos parámetros de colaboración normativa. La Ley Básica no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo autonómico alguno (fdto. jco. 8º), caso contrario nos podríamos encontrar ante situaciones de vaciamiento del contenido de la competencia autonómica. Por ello, y dejando el apriorismo en el solo lugar de las definiciones genéricas, se reconoce que lo básico ha de circunscribirse al *común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear inherente al concepto. Lo básico es una función de ordenación mediante mínimos* (STC 32/81), de modo que «*el Estado al establecer el común denominador normativo no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las CCAA de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo*» (STC 50/99).

De nuevo se vuelve a la originaria concepción con la que en los años ochenta se inicia la reflexión jurisprudencial sobre la relación entre ordenamientos que significa la concurrencia. La materialización de la normativa reguladora de un sector atribuido a este modelo de competencia impone una separación de ámbitos de actuación entregados a sujetos diversos, en la que el criterio delimitador de la extensión de la previa intervención estatal se circunscribe a la definición de lo nuclear y esencial del sector. Como resulta fácilmente apreciable, lo indeterminado, ambiguo y apriorísticamente indefinible de este parámetro de actuación, dejará, en no pocas ocasiones, en manos del TC la corrección o extralimitación en su determinación, sin embargo, el criterio de enjuiciamiento que-

[51] BELTRÁN AGUIRRE, tras el análisis de la citada sentencia, concluye que «*resulta que toda la legislación sustantiva sobre protección del medio ambiente corresponde promulgarla al Estado, mientras que a las Comunidades autónomas sólo les concierne dictar normas adicionales de protección*» («La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de medio ambiente», en *RVAP* nº 41/95, págs. 550-551).

11451-486-Estado autonomico56 15/10/05 10:37 Página 470



da claramente perfilado: la legislación autonómica ha de poder contribuir al señalamiento de una opción política de desarrollo de ese tronco común que servirá de conexión a la materia en cualquier parte del territorio del Estado, «*común denominador a partir del cual cada Comunidad autónoma, en defensa del propio interés general, pueda establecer las peculiaridades que le convengan*», en términos de la STC 1/82.

Ahora bien, aclarado el contenido material de ambos espacios de normación, la propia jurisprudencia constitucional dio un paso adelante más que se unía a la ya de por sí problemática tarea anterior, el elemento formal que debía revestir lo básico, aunque sin perder de vista que lo esencial del concepto era, sin duda, su contenido, como se expresara con total firmeza en la STC 24/85, se ratificara en la 102/95 y hoy día nos encontremos instalados en ello, en el llamado «*canon de constitucionalidad*»: satisfacción de requisitos formales y materiales (SSTC 109/03 y 194/04). Elemento formal manifestado de dos modos diversos: exigencia de un rango determinado y expresa mención del carácter básico[52].

En esta primera cuestión el TC ha entendido que las diversas locuciones con que el 149.1 se refiere a la concurrencia (legislación básica, normativa básica y bases) vienen a ser equivalentes (aunque con algún altibajo que permite sostener posturas diversas, como el señalado en la sentencia vista 149/91). Certeramente apuntaba BAYONA i ROCAMORA que en los debates constituyentes en torno al 149.1 no se hizo referencia ni se planteó cuestión alguna sobre hipotéticas diferencias formales entre las tres expresiones aludidas, ni tampoco parece que esas diferencias nominales obedecieran a un criterio lógico en relación con la importancia que quepa atribuir a las diversas materias comprendidas en el listado del precepto[53]. Sin embargo, pese a lo anterior, la cuestión no ha resultado tan pacífica en la doctrina, donde algún importante sector entiende que la terna de expresiones alberga a su vez, una diversa tipología de actuaciones formales[54]. Parte de la doctrina en efecto destaca que allí donde la misma constitución diferencia hay que distinguir[55], de manera que cuando el constituyente adoptó una diferente terminología para describir el régimen de determinados sectores quiso expresar con ello una diversa actuación. Legislación básica, normativa básica y bases parten para este planteamiento de un mismo nexo común, la idea de contener mediante una diversa vehiculación jurídica un contenido de ordenación general de la materia que, sin bien no

---

[52] TORNOS MAS, J.: «La delimitación constitucional de las competencias de legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución», en AAVV: *El funcionamiento del estado autonómico*, ed. MAP, Madrid, 1999, págs. 149-150.

[53] BAYONA i ROCAMORA, A.: «La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y jurisprudencia constitucional», en *REDA* nº 45/85, pág. 58.

[54] Se cuentan, entre otros, Javier SALAS en «Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», en AAVV: *Organización territorial del Estado (Comunidades autónomas),* vol. I, Madrid, 1984, o Santiago MUÑOZ MACHADO en su *Derecho público de las CCAA*, vol. I, Madrid, 1982.

[55] ALBERTI ROVIRA, E.: «Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las bases normativas en la jurisprudencia constitucional», en *REDC* nº 18/86, pág. 152.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 471



necesariamente en todo caso de mínimos, ha de concebirse como permisiva de la creación de un espacio propio de desarrollo por las Comunidades autónomas que hubieran asumido intervenciones en estas áreas. Porque para esta línea de reflexión el instrumento jurídico de incorporación de lo básico al ordenamiento sí tiene algo que decir respecto al contenido que alberga. Obviamente es pacífico en la doctrina aceptar que la diferencia entre ley y reglamento no sólo estriba en la diversa naturaleza de sus respectivos órganos emisores, sino en su contenido, más abstracto y general el de la una, frente al de mayor detalle del reglamento[56].

Como acabamos de apuntar, esta línea argumental intenta aunar el significado de dos reflexiones diversas que al unirse forman un *tertium genus* singular respecto a sus elementos constitutivos. La integración del significado de su expresión formal con el contenido material del concepto de lo básico incide necesariamente en la extensión de éste, pero nunca traspasando el límite que dejaría sin contenido a la correspondiente competencia de las administraciones autonómicas.

Aquellos apartados del 149.1 que emplean la expresión legislación básica para concretar la concurrencia que instauran, supondrán el nivel más abstracto de determinación del núcleo de la materia. La ley en cuanto fuente de derecho tendencialmente abstracta coincidiría a la perfección con la técnica de la instauración de lo básico; ese contenido mínimo, pero, a la vez, sustancial, llamado a ser completado según el interés respectivo de las diversas comunidades, que accede al mundo jurídico a través de la fórmula que representa el marco más general de intervención, la ley. En estos casos de llamamiento a la legislación como vehículo de materialización de lo básico es donde los elementos conceptuales que forman el *tertium genus* aludido soportan menos alteración. El contenido sustancial de lo básico no resultaría, consecuentemente, alterado por la vía formal de su expresión jurídica.

Sin embargo, algo diferente sucedería con la segunda categoría de la que la Constitución se sirve para instaurar la concurrencia competencial, la normativa básica, a la cual sólo se cita en el apartado 27 para instaurar el régimen de prensa, radio, televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social. Al amparo de estos términos el legislador podría descender más en la pirámide de fuentes de derecho, pudiendo llegar a servirse también de normas reglamentarias en la configuración de las bases. Pero en este escenario el contenido material básico parece que no pueda ser ajeno a la naturaleza del instrumento jurídico en el que se contiene. El reglamento en cuanto disposición de detalle permitirá expandir el contenido esencial del sector llamado a su ordenación. El contenido de la normativa básica instaura un concepto más pormenorizado de la definición de lo básico; ahora bien, encontrando su límite en la dinámica conceptual del propio

[56] En el bien entendido de que ciertamente nuestra constitución no exige a toda ley las notas de generalidad, universalidad y abstracción para ser considerada propiamente como tal; ahí tenemos la ley de presupuestos, la expropiación mediante ley.

11451-486-Estado autonomico56 15/10/05 10:37 Página 472



término, llamado *per se* a permitir la actuación autonómica y constitucionalmente a reservar «*las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades autónomas*» (149.1.27 *in fine*).

Por último, las bases citadas en apartados como el 13, 16, 18 y 25, permitirían un descenso mayor, muy cercano ya, por lo visto, a lo fenomenológico o circunstancial, grado al que, sin embargo, no se puede descender (fdto. jco. 8º de la STC 102/95). Su expresión admitiría incluso actos de mera ejecución[57] («*ciertas decisiones y actuaciones que tienen por objeto la regulación inmediata de situaciones concretas*», destaca la STC 24/85). No obstante, el límite que las constriñe impide considerar como tales cualquier precepto que varíe de contenido o cercene las competencias autonómicas (STC 13/89, fdto. jco. 3º).

Por nuestra parte, no encontramos diferencias de entidad que justifiquen un tratamiento diferenciado entre apartados en los que la norma constitucional emplea el término legislación básica sin mayores complementos (arts. 149.1.18 *in fine* y 149.1.23 *in fine*), aquéllos en los que lo completa con algún tipo de función asumible por las Comunidades autónomas vía cláusula sin perjuicio (arts. 149.1.17 y 149.1.23) y el apartado 27 referido a las normas básicas. Todos estos apartados instauran el mismo régimen de actuación basado en una colaboración Estado/Comunidad autónoma en torno a una definición de lo nuclear sobre la materia/desarrollo de lo mismo respectivamente. En primer lugar, si el constituyente hubiera querido entregar toda la legislación y ejecución al Estado al socaire de la locución legislación básica, se habría servido de la sola expresión legislación, cuyo sentido ya prontamente nos fuera puesto de manifiesto por la STC 35/82, del 14 de julio al destacarse el carácter material de ese término «*sea cual fuere el rango de las normas*» (fdto. jco. 2º). De forma que no parece impertinente insistir en que con este proceder se quería reservar al Estado la normación de los aspectos principales de la materia, no su normación entera[58].

En segundo lugar, la inclusión en estos apartados de cláusulas sin perjuicio responde a otras cuestiones. Sólo dos apartados proceden a ello. El 149.1.23 abre con ella un nuevo ámbito material a asumir por las Comunidades autónomas («*sin perjuicio de las facultades de las Comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección*»), que al ubicarse a renglón seguido de la protección del medio ambiente, se ha de entender relacionada con la misma, como así lo han destacado jurisprudencia (STC 149/91) y doctrina[59], pero no identificables[60]. En nada afecta, pues, esta previsión a la contenida en el comienzo de su apartado.

---

[57] LASAGABASTER HERRARTE, I, *et al.*: *Derecho ambiental. Parte General*, ed. IVAP, Oñati, 2004, pág. 72.

[58] BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de medio ambiente», citado, pág. 553,

[59] Por todos, CASTILO MORA, D.: «La distribución de competencias en materia de medio ambiente», en *Medio ambiente y derecho*, nº 5/2001, pág. 10.

[60] MUÑOZ MACHADO, S.: «La distribución de competencias entre el Estado, Comunidades autónomas y las Corporaciones locales en materia de medio ambiente», en *DA* nº 190/81, pág. 376.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 473



Algo no tan claro ocurre, sin embargo, en el otro precepto que une una cláusula sin perjuicio a un régimen de actuación estatal al amparo de la legislación básica en el mismo apartado. El 149.1.17 atribuye al Estado la intervención, sin perjuicio de la ejecución de los servicios de la seguridad social por las Comunidades. De acuerdo con ello, parecería que la Constitución debiera haber empleado la expresión legislación, pues la previsión más se aproxima a las capacidades que ésta otorga que a las de una concurrencia. Sin embargo, la doctrina ha visto la especificidad más en las funciones que distribuye la legislación básica que en la puntual previsión a su ejecución (autonómica)[61], por lo demás, común a estas administraciones, de forma que la cita de la misma nada particular entregaría al ámbito de lo asumible por un estatuto de autonomía que no esté ya implícitamente reconocido en la relación bases/desarrollo. La ejecución de la materia es algo que la Constitución permite descentralizar tanto en supuestos de legislación como de legislación básica sobre cualquier sector, pues cuando se ha querido reservar esta función también al Estado (si bien con carácter excepcional)[62] se ha acudido invariablemente a la fórmula de citar la materia (sin función alguna sobre ella) como competencia exclusiva en este 149.1 CE.

Y finalmente, en tercer lugar, la apelación a las normas básicas estatales para configurar el régimen de actuación sobre los medios de comunicación social, art. 149.1.27. Creemos interesante transcribir el precepto para observar el tipo de actuación que permite de cara a ambas administraciones: «*Normas básicas del régimen..., sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades autónomas*». El mismo instaura, en efecto, una concurrencia expresa entre básico y desarrollo y ejecución. Creemos, en definitiva, muy difícil establecer alguna diferencia sustancial entre el sistema colaborador de este apartado y aquellos otros presididos por la expresión legislación básica. Materialmente, el marco que establecen debe permitir encontrar espacios de desarrollo de estas disposiciones estatales, espacio en este caso además, constitucionalmente reservado a las autonomías.

Respecto a las bases, empleadas en cuatro apartados de este 149.1, la solución viene a ser la misma: el Estado ha de fijarlas en ciertos sectores (sanidad, actividad económica, régimen jurídico de las administraciones públicas y de sus funcionarios y régimen minero y energético). Las mismas han de permitir la intervención posterior de las Comunidades autónomas, intervención en la que no se encuentra ninguna disimilitud con respecto

---

[61] Por todos A. PÉREZ AYALA y la bibliografía que allí se cita, en «La seguridad social en la Constitución (art. 41 CE)», en AAVV: *Los principios rectores de la política social y económica*, ed. Biblioteca nueva, Madrid, 2004.

[62] PÉREZ GRANDE, M.A.: «El reparto competencial en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social: un examen de la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional», en *Rev. Jca. de la Comunidad de Madrid*, nº 11/2001, pág. 5.

[63] ALBERTI ROVIRA, E.: «La noción de bases y el desarrollo estatutario», en AAVV.: *Estudios sobre el Estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, citado, pág. 331.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 474



a las amparadas bajo las dos fórmulas antedichas, por ello lleva razón ALBERTI ROVIRA al advertir de su perversión cuando estos «*aspectos centrales*» pasan a confundirse con «*objetivos básicos de una política y medios para su realización*», como, a juicio del autor, ocurre en fallos jurisprudenciales que a su tenor permiten ciertas actuaciones y decisiones de tipo aparentemente coyuntural que tienen por objeto «*la regulación inmediata de situaciones concretas*» (STC 24/85)[63].

Estas tres expresiones, sustancialmente idénticas, precisan de un instrumento normativo para acceder al mundo jurídico. El TC se ha referido con frecuencia a ello y ya hemos expuesto el debate que suscita. La lógica con respecto a su significado y contenido, la primacía de la ley y la inexistencia de reglamentos independientes (salvo en el ámbito doméstico de la administración)[64] reconducen la polémica a soluciones con rango de ley. La norma preordenada a su manifestación es la ley[65] como mejor vía para «*garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias*», como reconoce la STC 69/88, de 19 de abril, «*rodeada de las garantías inherentes al procedimiento legislativo*» (STC 194/04), aunque, y excepcionalmente, puedan expresarse estos contenidos mediante reglamentos (SSTC 69/88, 102/95) *cuando resulten por la naturaleza de la materia complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases* (STC 194/04 en su formulación más reciente) –corrigiendo unos también iniciales momentos en que se llegó a declarar inconstitucional un real decreto precisamente por insuficiencia de rango legal (STC 32/83, de 28 de abril)– o en una *situación de transición en la que fue necesario adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional* (STC 194/04). Porque esta exigencia legal considerada no es absoluta, permitiéndose con puntualidad estas «*dispensas excepcionales*» a que se refiere esta última sentencia citada. Ahora bien, ley o excepcionalmente reglamento, la seguridad jurídica, y por ende la exclusión de la incertidumbre, impone que sea expresamente así calificado su contenido como básico.

## III. LAS COMPETENCIAS ESTATUTARIAS EN EL MARCO ANTERIOR

Las competencias de ambas normas en cuanto a la distribución de funciones del derecho previsto en el art. 45.1 CE son:

---

[64] Incluso la peculiar y debatida categoría de las normas forales de las Juntas Generales de los tres Territorios Históricos vascos cuenta con un anclaje legal habilitante como es el estatuto vasco y la ley de territorios históricos.

[65] Tempranamente destacado por nuestro TC en su sentencia 1/82, del 28 de enero («*...dado el carácter general y fundamental de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la constitución es la ley*», fdto. jco. 1º) y la última sentencia al respecto, la 194/04, insiste en ello.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 475



| CONSTITUCIÓN | ESTATUTO VASCO DE AUTONOMÍA |
|---|---|
| *Art. 148.1.*– Las CCAA podrán asumir competencias en las siguientes materias:<br>9ª La gestión en materia de protección del medio ambiente.<br>*Art. 149.1.*– El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:<br>23ª Legislación Básica sobre Protección del Medio Ambiente, sin perjuicio de las facultades de las CCAA de establecer normas adicionales de protección. | Art. 11.1.– Es de competencia de la CAPV el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en las siguientes materias:<br>a) Medio ambiente y ecología. |

Por el contrario, la distribución a que obedece la materia del 45.2 CE sería:

| CONSTITUCIÓN | ESTATUTO VASCO DE AUTONOMÍA |
|---|---|
| *Art. 149.1.23 in fine*: Legislación Básica sobre Montes, Aprovechamientos Forestales y Vías Pecuarias.<br>*Art. 148.1:*<br>3ª Ordenación del territorio.<br>4ª Obras públicas.<br>5ª Ferrocarriles y carreteras y el transporte desarrollado por estos medios.<br>6ª Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y los que no desarrollen actividades comerciales.<br>8ª Los montes y aprovechamientos forestales.<br>10ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos.<br>11ª La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.<br>18ª Promoción y ordenación del turismo.<br>*Art. 149.1:*<br>19ª Pesca marítima.<br>20ª Puertos de interés general; aeropuertos de interés general.<br>21ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una CA; tráfico y circulación de vehículos a motor.<br>22ª Legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una CA, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.<br>23ª *in fine* Legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.<br>24ª Ciertas obras públicas.<br>25ª Bases del Régimen Minero y Energético. | *Art. 10.*– La CAPV tiene **competencia exclusiva** sobre las siguientes materias:<br>8. Montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos.<br>9. Agricultura y ganadería.<br>10. Pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, caza y pesca fluvial y lacustre.<br>11. Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurran íntegramente dentro del PV; instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o CA.<br>31. Ordenación del territorio y del litoral.<br>32. Ferrocarriles, transportes terrestres, marítimos, fluviales, puertos, helipuertos, aeropuertos, sin perjuicio del 149.1.20 CE.<br>33. Ciertas obras públicas.<br>36. Turismo.<br>*Art. 11.1:* Es de competencia de la CAPV el **desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado** en las siguientes materias:<br>c) Ordenación del sector pesquero del PV.<br>*Art. 11.2:* Es también de competencia de la CAPV el **desarrollo legislativo y la ejecución de las bases** sobre las siguientes materias:<br>c) Régimen minero y energético. Recursos geotérmicos.<br>*Art. 12:* Corresponde a la CAPV la **ejecución** de la legislación del Estado en las siguientes materias:<br>8. Puertos y aeropuertos de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa.<br>10. Vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral vasco. |

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 476



La actividad normativa autonómica ha sido escasa, aunque, sobre todo en los últimos años, de gran entidad. La CAPV ha ejercitado la competencia prevista en su estatuto en el art. 11.1.a) fundamentalmente mediante las Leyes 16/94, de 30 de junio, de Protección de la Naturaleza del País vasco[66] y 3/98, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco[67]. Igualmente en 1999 se aprueba la adhesión de la Cámara Vasca a la importante declaración ambiental conocida como declaración de Bizkaia, mientras que en diciembre de 2000 la Ley 10 de ese año pasa a concebir este derecho como social y básico[68]. En desarrollo de esas prescripciones legales se dicta el Programa marco ambiental de la CAPV (2002-2006) dentro de la Estrategia ambiental vasca de desarrollo sostenible (2002-2020). Finalmente, y de momento, la Cámara vasca está debatiendo desde marzo de 2004 el proyecto de Ley de prevención y corrección de la contaminación del suelo[69], y desde octubre de 2004 los proyectos de ley de aguas[70] y de suelo y urbanismo[71].

Este marco normativo tiene su importancia por la visión desde el que se adopta (a largo plazo) y por la necesaria sujeción a los cánones estatales establecidos en la norma básica por excelencia dictada en desarrollo de la previsión del 149.1.23 y art. 45 CE, la Ley 4/89, de 27 de marzo[72]. No obstante ello, puede calificarse de innovadora y mucho más transformadora que, por ejemplo, la insípida declaración ambiental contenida en la posterior Carta de Derechos Fundamentales de la UE del 2000 incorporada como anexo al proyecto constitucional europeo[73].

Los contenidos de la normativa citada abundan en la doble dimensión del art 45 CE. Junto al planteamiento que defiende el reconocimiento de dos ámbitos diferenciables dentro de este precepto (derecho y principio rector), otro importante sector doctrinal mantiene una concepción más estrictamente formalista sobre el contenido del Capítulo III del Título I CE. Para los mantenedores de la primera teoría, el legislador no ha hecho sino proceder a desarrollar un derecho constitucional. Para la segunda corriente

---

[66] BOPV nº 142, del 27 de julio.

[67] BOPV nº 59, del 27 de marzo.

[68] BOPV nº 249, del 30 de diciembre.

[69] BOParlamento vasco nº 142, del 26 de marzo de 2004.

[70] BOParlamento vasco nº 165, del 21 de octubre de 2004.

[71] BOParlamento vasco nº 165, del 21 de octubre de 2004.

[72] Su art. 1 destaca: «*Es objeto de la presente ley, en cumplimiento del artículo 45.2 y conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la CE,...*». Su Disposición Adicional quinta señala los artículos y disposiciones básicos de la misma sobre los que la STC 102/95 extrajo de tal calificación el 21.3 y 4, 22.1 y 35.1 y 2.

[73] Dice así: «*Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán, con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*». Algo muy distinto a lo que se preveía en los proyectos constitucionales de 1984, el conocido como proyecto Spinelli (DOCE serie C77, del 19 de marzo), o el de 1994 o proyecto Hermann (DOCE serie L61, del 28 de febrero). Este último se refería a la cuestión destacando que «*Toda persona tiene derecho a la protección y conservación de su medio ambiente natural*».

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 477



doctrinal el enunciado de dicho capítulo dotaría de naturaleza a los preceptos que abarca, de forma tal que las calificaciones de los mismos como derechos no pasan de ser una suerte de mero nominalismo. La nomenclatura de los arts. 43.1, 44.1, 45.1 y 47 sería una fórmula de estilo empleada por la fuerza y adhesión que la misma expresión derecho encierra, aunque ello no desvirtúa su naturaleza en cuanto normas ubicadas en el capítulo de referencia (principio rector). Consecuentemente no cabe debate alguno en torno a la aplicabilidad de las garantías a que se refiere el párrafo 3º del art. 53. Pero asimismo su parte final deja una puerta abierta a la alegabilidad jurisdiccional según lo que se disponga en las leyes dictadas para su desarrollo. Leyes que, por encontrarse su objeto fuera de las previsiones del 81.1, serán ordinarias y como a mayor abundamiento coincide la doctrina, elaborables por el titular de la competencia sobre la que recaiga y no como alguna inicial doctrina sostenía, competencia, en todo caso, del Estado[74]. Consecuentemente nada obsta a que sea una Comunidad autónoma la que legisle en el sentido expresado.

Aclarado lo anterior, la CAPV lo ha hecho sobre esta competencia reconocida en el 11.1.a (medio ambiente y ecología), artículo que le reserva las funciones de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado.

Conviene reseñar que este conjunto normativo de los noventa es profundamente deudor del estado de la reflexión ambiental en la época, especialmente de los acuerdos alcanzados en Río 92, de forma que sus estipulaciones representan un paso adelante con respecto a las ambiguas declaraciones de los setenta. Ciertamente la claridad de criterios que se manejan suponen un más que notable avance con respecto a las legislaciones anteriores (circunstancia diversa, por otra parte, de la efectiva realización de sus postulados). Así se parte de una visión omnicomprensiva de la problemática generada sobre el medio, por lo que las soluciones pretenden atajarse dentro de un marco general de las implicaciones ambientales.

Parte el ordenamiento ambiental vasco de concebir al medio ambiente como un bien social y precisamente por ello, generador de derechos y obligaciones individuales así como colectivas (art. 1.3 de la ley 3/98). Dichos derechos y obligaciones se conciben como instrumento necesario para alcanzar una mejora de la calidad de vida que necesariamente impone comportamientos de *ius cogens*: la garantía de un desarrollo sostenible preordenado, entre otros fines, *a obtener una participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos ambientales* (art. 2.b). La Ley 10/2000, de 27 de diciembre lo concibe, en consecuencia, como derecho social básico (art. 3), concluyendo una

[74] Un análisis de la doctrina constitucional en torno a la extensión de las materias sujetas a ley orgánica en su desarrollo puede observarse en Joaquín MESEGUER YEBRA: «Ámbito material reservado a la ley orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/98, de 23 de julio)», en *Rev. Jca. de la Comunidad de Madrid*, nº 5/99.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 478



catalogación que se iniciara con la ley de 1998 y tuviera su continuación el año siguiente con la declaración de Bizkaia.

En efecto, la referida Ley 3/98 dedica su importante Capítulo I de su primer Título a exponer los derechos y deberes ambientales, ordenando los mismos en dos preceptos separados. Los primeros a su vez, podrían clasificarse en dos categorías, derechos sustantivos y cuestiones procesales. Sustantivamente se recogen los derechos al uso y disfrute de un medio ambiente saludable (art. 3.1), el derecho a la información ambiental (art. 3.2) y el derecho a participar en la toma de decisiones de protección ambiental (art. 3.3). Se recogen en este articulado las tres visiones con las que modernamente se trata de atajar la crisis ambiental, como derecho individual, como derecho de participación y como derecho a obtener información sobre las actuaciones en el sector.

En cuanto derecho individual existe un notable paralelismo con la regulación constitucional. «*Todas las personas tienen derecho al uso y disfrute de un medio ambiente saludable*» es la expresión que condensa una facultad subjetiva en cuanto a sus titulares que nos recuerda la dicción literal del art. 45.1 («*Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...*»). Procesalmente este derecho se construye con una legitimación universal concretada en una acción pública en sede jurisdiccional[75], que, a tenor del párrafo 3º del art. 53 CE, será ordinaria. Así, pues, en el ámbito de la Comunidad autónoma vasca su legislación ha procedido a clarificar la polémica construcción constitucional del derecho manifestando una opción por su conceptualización como derecho subjetivo y en cuanto tal, alegable ante los tribunales, opción en nada diversa de la sostenida para el párrafo inicial del 45 CE, pero que acalla el debate para los mantenedores de un planteamiento presidido por la ubicación del precepto: el derecho *in fieri* de este primer párrafo queda *acabado,* por lo que a su alegabilidad jurisdiccional se refiere, según lo dispuesto en la ley que lo ha desarrollado (art. 53.3 CE).

## IV. LA INCIDENCIA DE LAS COMPETENCIAS AMBIENTALES DE LOS TERRITORIOS FORALES[76]

Con respecto a la situación en éstos hemos de acudir principalmente, si no exclusivamente, a la LTH y LRBRL. Ciertamente el EAPV poco dedica a estos territorios forales a los que se quiso otorgar sin embargo, relevancia estatutaria, pero, como señala Corcuera Atienza[77], no se supo, no se pudo o no se quiso definirlos, y cuando se refiere a ellos lo hace dentro de su

[75] Situación generalizada en las leyes autonómicas de protección del medio ambiente (*v.gr.* art. 89 de la Ley 1/95 de la Región de Murcia).

[76] Un análisis de éstos puede verse en Arlucea Ruiz, E.: *Los territorios históricos de la Comunidad autónoma vasca*, ed. Fundación Elkargunea, Bilbao, 2000.

[77] Corcuera Atienza, J.: «Consecuencias y límites de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales», en *REDC* nº 69/03, pág. 245.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 479



capítulo IV («*De las instituciones de los Territorios Históricos*») del Título II («*De los poderes del País Vasco*»). El art. 37.3 EAPV les atribuye unas escasísimas competencias básicamente inherentes a su condición de ente amparado por una garantía constitucional de existencia[78] (organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones propias; elaboración y aprobación de sus presupuestos; régimen de sus bienes) y competencias en cuanto agrupación de municipios (demarcaciones territoriales de ámbito supramunicipal; régimen electoral municipal). Serían las competencias que les asisten en cuanto a su naturaleza foral[79], viniendo a ser, según nuestro TC[80], el núcleo intangible y esencial de las mismas. Este conjunto se amplía con aquellas otras especificadas en el estatuto o que les sean transferidas (art. 37.3.f EAPV). El siguiente apartado 4 les atribuye el desarrollo normativo y ejecución de las materias que el Parlamento vasco les señale, materias que obedecerían a un principio de descentralización no explicitado en el EAPV. En cuanto al estatuto vasco, esto es todo.

Por Ley del Parlamento de Vitoria de 25 de noviembre de 1983 se aprueba la norma que regula las relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los Organos forales de los Territorios Históricos, más conocida como Ley de Territorios Históricos (LTH). Esta Ley dedica un amplio reconocimiento a las facultades de estos territorios (contándose entre ellas materias de contenido ambiental), facultades que, como apuntara el TC en su sentencia 76/88, les pertenecen no por actualización de sus derechos históricos aludidos en la D.A. 1ª CE, sino a través de la posibilidad del incremento competencial recogido en el EAPV (art. 37.4), resultando, en consecuencia, competencias adicionales al núcleo de la foralidad. De esta importante ley se ha llegado a decir que cumple una *función estatutaria*, puesto que es la norma que complementa al estatuto en todo lo concerniente a la distribución interna del poder[81], en base a unas competencias forales por atribución (art. 7 LTH) y una cláusula residual a favor de las Instituciones comunes (art. 6.1 LTH). Finalmente debe destacarse que corresponde a éstos el desarrollo normativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materias atribuidas a su competencia exclusiva[82] (art. 7d LTH y DA 2.3 LRBRL).

La materia medio ambiente no está recogida en cuanto tal como competencia foral, pudiéndose afirmar consecuentemente que los tres territorios históricos carecen de competencias en medio ambiente en cuan-

---

[78] Art. 137 y Disposición Adicional segunda de la CE.

[79] LAMARCA ITURBE, I.: «El sistema de distribución de competencias entre las Instituciones comunes y los Territorios históricos: aproximación a una realidad compleja», en AAVV.: *Estudios sobre el Estatuto de autonomía*, vol. II, ed. IVAP, Oñati, 1991, pág. 431.

[80] STC 76/88, del 26 de abril, dictada frente al recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LTH.

[81] JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «El sistema de fuentes del derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como «ordenamiento asimétrico», cit., pág. 149.

[82] Art. 7a LTH.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 480



to título específico[83]. Ahora bien, la situación difiere en cuanto a ciertos recursos naturales y materias conexas al mismo.

De este modo, podemos encontrar bajo el art. 7.a) LTH materias ambientales *competencia exclusiva de los Organos forales de los Territorios Históricos[84]:*

> 9. Montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos, en los términos del art. 10.8 del EAPV; guardería forestal y conservación y mejora de los suelos agrícolas y forestales.

El apartado b) del artículo anterior confiere a estos territorios las facultades de desarrollo y ejecución[85] de las normas emanadas de las Instituciones Comunes sobre múltiples materias, entre ellas:

> 3. Régimen de aprovechamiento de la riqueza piscícola continental y cinegética.
> 4. Policía de las aguas públicas continentales y de sus cauces naturales, riberas y servidumbres.

El apartado c) contempla competencias de ejecución[86], que en nuestro ámbito recaen sobre las siguientes materias:

> 3. Administración de espacios naturales protegidos.
> 4. Defensa contra incendios.
> 6. Facultades de calificación, señalización de medidas correctoras, inspección y sanción en relación con actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas que puedan establecerse en suelo urbano residencial.

Este cuadro se puede ampliar, como anunciábamos, mediante transferencias o delegaciones legislativas de materias autonómicas no previstas en la LTH (art. 12) y mediante delegaciones del ejecutivo vasco en lo tocante a la gestión y prestación de servicios de su competencia (art. 13.1 LTH).

Finalmente, la LRBRL de 1985 destaca en su DA 2ª que estos tres territorios ejercerán, a parte de las competencias anteriores, las que esta ley asigna a las Diputaciones Provinciales. De su art. 36.1 se desprende la coordinación, asistencia y cooperación en relación con servicios municipales mínimos como pueden ser el abastecimiento de agua, saneamiento y recogida de basuras y tratamiento de residuos sólidos urbanos[87]. Como cierre del sistema, el Estado también podrá delegar en las Diputaciones

---

[83] LASAGABASTER, I *et al.*: *Derecho ambiental. Parte General*, ed. IVAP, Oñati, 2004, pág. 74.

[84] Sobre las competencias exclusivas corresponden las potestades normativa (concretada en la emanación de *normas forales* por las Juntas Generales), reglamentaria (decretos forales y órdenes forales), administrativa (incluida la inspección) y la revisora en vía administrativa (art. 8.1 LTH). Qué sean estas normas forales es una cuestión polémica, habida cuenta incluso de la existencia de dos tipos de las mismas: normas forales que requieren una mayoría absoluta de la Junta General para su aprobación y modificación (*normas orgánicas forales*, como las califica el prof. JIMÉNEZ ASENSIO «El sistema de fuentes del derecho de la Comunidad...», cit., pág. 157) y las que se ajustan al principio de la mayoría simple, *normas forales ordinarias*.

[85] Estas funciones incluyen –según el art. 8.2 LTH– el desarrollo normativo de las normas emanadas por las Instituciones Comunes, la reglamentaria, la administrativa y la revisora en esta vía.

[86] Esta función abarca la reglamentaria para la organización de sus propios servicios, la administrativa y la revisora en vía administrativa (art. 8.3 LTH).

[87] IRIBARREN GOICOECHEANDIA, M.: «Competencias en materia de medio ambiente», en la obra colectiva *Estudios sobre el estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, cit., pág. 780.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 481



competencias de mera ejecución cuando el ámbito provincial resulte el más idóneo para la prestación del servicio (art. 37.2 LRBRL).

Todo lo anterior implica una variación del inicial cuadro competencial del cual se partía. De este modo, la competencia exclusiva autonómica sobre montes (art. 10.8 EA) al serlo también y con ese carácter de los Territorios forales y aplicárseles la previsión vista del art. 7d LTH por ser la competencia estatal de legislación básica, desapoderaría en tal ámbito a la Comunidad autónoma.

Por otra parte, la competencia exclusiva autonómica en materia de agricultura (art. 10.9 EAPV) lo será salvo en lo relativo a la mejora de los suelos destinados a este fin, por ser este extremo competencia provincial de tal carácter (art. 7a)9 LTH). Algo semejante ocurre con la pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, caza, pesca fluvial y lacustre, competencia igualmente exclusiva de la Comunidad (art. 10.10 EAPV), cuyo desarrollo y ejecución reside en los Territorios históricos (art. 7b)3 LTH). Obras públicas en saneamiento y abastecimiento de aguas son asimismo provinciales (art. 36.1 LRBRL) lo que incidirá en la competencia sobre «*ciertas obras públicas*» del art. 10.33 EAPV. Finalmente el desarrollo legislativo más ejecución de la legislación básica estatal sobre la ordenación del sector pesquero (art. 11.1.c EAPV) ha de hacerse permitiendo, a su vez, el desarrollo y ejecución de la materia por las provincias (art. 7b)3 LTH)[88]. Por otra parte, se encuentra en debate en el Parlamento vasco la modificación de la LTH en lo relativo a la policía de aguas continentales (única materia de las forales ambientales no transferida). La elaboración en curso del proyecto de ley de aguas prevé que tal función de policía pase a ejercitarse por la nueva Agencia Vasca del Agua (DT3ª). Como se ve, la lectura integrada de las normas se eleva a *conditio sine qua non* de la comprensión del efectivo régimen competencial de ambas administraciones.

Para concluir hemos de señalar que la dinámica de la efectividad competencial CAPV/territorios forales es semejante a la aplicada Estado/Comunidades Autónomas, es decir, habrá de esperarse al correspondiente decreto de traspaso de servicios para dotar a la competencia de los medios personales y materiales precisos para su gestión, situación que ante supuestos en los que la relación Estado/CAPV sea la misma, queda condicionada a la previa transferencia de aquél a ésta.

Como corolario de lo expuesto, cabe sostener que en materia de medio ambiente los Territorios históricos resultan titulares de unas competencias reducidas, fragmentadas[89] y, como destaca el TC en su sentencia sobre la LTH (STC 76/88, de 26 de abril), tasadas, pues las competencias no conteni-

---

[88] Debe tenerse presente la previsión del art. 2.2 LRBRL: «Las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen».

[89] IRIBARREN GOICOECHEANDIA, M.: «Competencias en materia de medio ambiente», en AAVV: *Estudios sobre el estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, citado, pág. 779.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 482



das en esta ley o no reconocidas en otras posteriores como atribuidas a los Territorios históricos[90], se consideran pertenecientes a las Instituciones comunes (fdto. jco. 7). Pese a su escaso número en esta área, el informe que se realizara en 1989 sobre el marco institucional interno detectó una necesidad de coordinación en la misma entre ambas instancias de poder[91].

## V. LAS COMPETENCIAS EN LA ESFERA MUNICIPAL

Si al ambiguo y solapado panorama anterior se le une la potestad de ordenanza municipal, no puede dejarse de reconocer un entrecruzamiento de ordenamientos que deriva a más que razonables dudas sobre los sujetos titulares de las competencias. Porque aunque las actuaciones ambientales surgieran unidas a la actividad municipal –como se ha apuntado– éstas han vivido un paulatino proceso de recorte y reubicación hacia los órganos centrales del Estado, proceso que se inicia con la Ley de Régimen Local del 55 y que tiene su momento álgido en la década de los sesenta con el reglamento de policía de aguas (éste de finales de los cincuenta –1958–), el reglamento de actividades calificadas (1961) o el de la ley de montes del 62, pese a que su proximidad a los problemas ambientales concretos los cualifique especialmente para ejecutar las decisiones ambientales[92] y que al menos en el espacio europeo un 80% de la población habite ya en el medio urbano. Estos dos últimos aspectos han determinado fundamentalmente la elaboración de documentos que patrocinan y refuerzan este ámbito como insustituible en la tarea de, sobre todo, implementación de políticas integradas por nociones ambientales y de salud para alcanzar un objetivo de mejor habitabilidad sostenida en clave de bienestar. Son de destacar la Agenda Local 21 y la Carta de Aalborg (Dinamarca) de mayo de 1994 entre otros. Organizativamente ha de destacarse la Ley 57/03, del 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (BOE nº 301, del 17 de diciembre).

Posteriormente, como es sabido, los debates constituyentes se centraron en la dialéctica Estado/Comunidades autónomas y salvo su reconocimiento como uno de los tres niveles territoriales de la nación con autonomía para gestionar sus intereses (art. 137), su personalidad jurídica, gobierno y administración (art. 140) y la suficiencia económica de sus haciendas (art. 142), nada más sustancial se contiene en la *norma normarum*.

Quizá un más que fiable cuadro del paisaje municipal en lo referente a este sector sea aquél presidido por un solapamiento de ordenamientos,

---

[90] La Ley 3/98 les reconoce la capacidad para emitir informes y declaración de impacto ambiental en determinados supuestos previstos en su art. 44.2, al igual que competencias en materia de residuos sólidos urbanos (art. 74).

[91] Sobre el mismo LAMARCA ITURBE, I.: «El sistema de distribución de competencias entre las Instituciones comunes y los Territorios históricos: una aproximación a una realidad compleja», en AAVV: *Estudios sobre el estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. II, citado, págs. 471 y ss.

[92] LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho ambiental administrativo*, citado, pág. 91.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 483



dificultades de actuación derivadas de sus deficiencias organizativas y una insuficiente hacienda que impide cubrir los gastos e inversiones iniciales en esta área. Y dejamos de soslayo lo atractivo de otras políticas de resultados más inmediatos y directos que restan esfuerzos y financiación a las intervenciones ambientales por parte de sus dirigentes.

Las competencias municipales son también, como en el caso de los Territorios forales vistos, legales[93]. La Constitución únicamente destaca el imperativo de su autonomía (gozarán) para la gestión de sus intereses propios. Habrá que estar a lo que señale el legislador ordinario bien en normas generales sobre el régimen local (LRBRL en exclusiva en la CAPV, pues todavía no se ha dictado en la misma una ley municipal) como sectoriales (por ejemplo la Ley General de Sanidad del 86, o la Ley de Envases y Residuos de Envases de 1997, Ley de Protección del Medio Ambiente del País Vasco del 98), idea que se repite en el art. 2 LRBRL, aunque en estas últimas (normas sectoriales) el deseo de establecer el ámbito de intervención estatal frente al autonómico suela eclipsar la mención legalmente exigida de las competencias locales, dándose esta mención más frecuentemente en cambio en normas de rango reglamentario, si bien limitándose, por lo general, a funciones de gestión de escasa trascendencia.

Pues bien, a estas administraciones la Ley atribuye intervenciones con carácter imperativo[94] (*el municipio ejercerá*... –art. 25.2 LRBRL–) en áreas como protección del medio ambiente en cuanto título transversal[95], así como en materias conexas: ordenación del tráfico y disciplina urbanística, suministro de agua, limpieza viaria, recogida de residuos y tratamiento de aguas residuales. El coste económico de muchas de estas actuaciones ha aconsejado su gradación según saltos de población (un mínimo de ellas en todos los municipios, otras en los de más de 5.000, otras en localidades mayores de 20.000 y otras en los de población superior a 50.000), previéndose la posibilidad de actuar mediante fórmulas asociativas entre varios municipios (mancomunidades) o de municipios con otras administraciones públicas (consorcios)[96] (situaciones nada excepcionales, por otra parte) y solicitar la dispensa a la correspondiente Comunidad autónoma de la obligación de prestar determinados servicios mínimos cuando por sus características peculiares resulte muy difícil o imposible su cumplimiento (art. 26.2 LRBRL).

Sin embargo, el espacio competencial no se cierra con estas solas previsiones. Estado, Comunidades autónomas y otras entidades locales podrán

[93] Singularmente en materia medioambiental la Ley 3/98, de Protección del Medio Ambiente del País Vasco representa un muy ilustrativo ejemplo. Los apartados 2 y 3 de su art. 7 establecen las fuentes de las competencias forales y municipales en el País Vasco, LTH, la presente Ley y resto de normativa autonómica; y la Ley 3/98, legislación de régimen local y legislación sectorial, respectivamente.

[94] Igual parece suceder con la normativa autonómica. El art. 34 de la Ley 3/98 establece la obligación de que los municipios promulguen o adapten sus ordenanzas a los imperativos de la protección del medio atmosférico.

[95] LASAGABASTER HERRARTE, I *et al.*: *Derecho ambiental. Parte general*, citado, pág. 76.

[96] LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho ambiental administrqativo*, citado, pág. 93.

11451-486-Estado autonomico56 15/10/05 10:37 Página 484



delegar en los municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios (art. 27.1 LRBRL)[97]. Igualmente existe lo que el TC ha calificado como *cláusula competencial genérica* en su sentencia 214/89, del 21 de diciembre que es la posibilidad reconocida en el art. 28 LRBRL de que los municipios realicen actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas, y, en particular, las relativas a la protección del medio ambiente. Finalmente, como cláusula residual ejecutiva, la disposición transitoria segunda *in fine* de la ley básica atribuye a éstos *cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por la legislación sectorial a otras administraciones*. De ello que la actuación local en este sector pueda *de facto* llegar a ser muy importante.

## VI. ÓRGANOS AUTONÓMICOS DE INTEGRACIÓN DE LOS TRES ÓRDENES

Fundamentalmente por ser órganos ambientales *ad hoc*, nos referiremos, si bien escuetamente, a los siguientes: Consejo Asesor de Conservación de la Naturaleza (cap. VII de la Ley 16/94), Comisión Ambiental del País Vasco (arts. 9-11 de la Ley 3/98) y Consejo Asesor de Medio Ambiente (cap. III de la Ley 3/98).

El Consejo Asesor de Conservación de la Naturaleza, adscrito al Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno vasco, tiene la naturaleza de órgano colegiado consultivo y de cooperación en la materia. Entre otras funciones destaca la de promoción y apoyo a la coordinación entre las distintas administraciones con responsabilidad en la gestión del territorio. En cuanto órgano colegiado viene formado, entre otros, por un representante de cada una de las Diputaciones forales, un representante por cada Territorio histórico de los ayuntamientos o entidades locales afectados por los espacios naturales protegidos, y por parte del Gobierno vasco, el Consejero de agricultura y pesca o persona en quien delegue, que oficiará de presidente del órgano, más un representante del Departamento de agricultura y pesca y otro del de urbanismo, vivienda y medio ambiente.

La Comisión Ambiental del País Vasco. Órgano consultivo, adscrito al Departamento de Medio Ambiente, de relación, participación y coordinación de las distintas administraciones al objeto de garantizar la coherencia de la política medioambiental. Presidida por el titular del Departamento de medio ambiente, está constituida por: representantes de los órganos forales, representantes de la asociación de municipios vascos y representantes del Departamento de medio ambiente del Gobierno vasco y de cuantos Departamentos del ejecutivo autónomo cuyas actuaciones guarden relación con el área de medio ambiente.

El Consejo Asesor de Medio Ambiente. Igualmente consultivo y adscrito, como los anteriores, al mismo departamento de medio ambiente, favo-

[97] El art. 62 de la Ley 3/98 se refiere a delegaciones de la Comunidad y Territorios históricos hacia los municipios.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 485



rece la participación de los sectores representativos de intereses sociales y económicos y de la Universidad en la elaboración, consulta y seguimiento de la política ambiental, a cuyo fin está compuesto, a nuestros efectos, por representantes de la administración general de la CAPV, de las administraciones forales y locales, bajo la presidencia recurrente del Consejero del ramo ambiental del Gobierno vasco.

Con todo y pese a haberse experimentado un notable avance frente a la situación previa, esta materia da más juego a la necesidad de mejora de esa coordinación que no siempre es seguida y verificada que así se lleve a cabo. Sin embargo, como decimos, se ha iniciado la dinámica de actuación conjunta y previo conocimiento de las demás administraciones, lo cual indudablemente ha introducido mayores elementos de racionalidad y coherencia en la política ambiental de las instituciones vascas.

11451-486-Estado autonómico56 15/10/05 10:37 Página 486

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 487

# PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y GESTIÓN DEL AGUA EN ESPAÑA: HACIA EL DERECHO HUMANO AL AGUA

**Aniza F. García Morales**
*Profesora de Derecho Constitucional*
*Universidad Complutense de Madrid*

**Antonio de Cabo de la Vega**
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*
*Universidad Complutense de Madrid*

## I. INTRODUCCIÓN

Como en tantas ocasiones, el Derecho camina a la zaga de los hechos. En este sentido, un somero repaso a los datos de los informes del PNUD o –incluso y más directamente– a la conflictividad social de buena parte del planeta, nos indica que el agua (su adquisición, su uso, su gestión) está llamada a convertirse en el problema por excelencia de la humanidad en los años venideros. En realidad, asistimos a un, por su obviedad, sorprendente redescubrimiento que nos retrotrae a las fases iniciales del desarrollo humano: sin agua, no es posible la vida. Resulta por ello sorprendente, no tanto el que comience a hablarse de un «derecho humano al agua», sino el que no exista perfectamente positivizado en todos los ordenamientos[1].

Por otra parte, el agua es también un bien en sentido económico, un bien con un evidente valor de cambio, además de su valor de uso. Un bien que, por su carácter imprescindible y por la absoluta inelasticidad de su demanda en sus niveles de subsistencia, supone poder. No en vano, la mayor superpotencia actual está embarcada en diferentes conflictos –bélicos y no– para asegurar su hegemonía mundial también en esta materia[2].

Es para hacerse cargo de esta segunda dimensión del agua –el agua como bien económicamente valioso– para lo que sí ha existido y sigue desarrollándose con rapidez un complejo entramado normativo de «gestión del agua».

En esta materia, asistimos a una evidente deriva neoliberal, tanto en España como fuera de España, en virtud de la cual se rechaza el lenguaje de los derechos para afrontar el problema del agua. La compleja natu-

---

[1] Sobre los aspectos dogmáticos del derecho al agua, véase GARCÍA, Aniza, *El derecho humano al agua*, Tesis Doctoral, UCM, en preparación.

[2] Por todos, véase CECEÑA, Ana Esther, «Radiografía de las fuerzas armadas de los EE UU», Ponencia en el Primer Encuentro Hemisférico frente a la Globalización, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México, 6-9 de mayo de 2003, disponible en http://www.laneta.apc.org/sclc/desmilitarizacion/encuentro/ponencias/cecena2.htm.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 488



raleza técnica de buena parte de esta regulación no debe hacernos olvidar, de una parte, que lo que está detrás es la gestión de un recurso adscrito a la satisfacción de una necesidad amparada por un derecho fundamental. Y, de otra, que como en todo conflicto de derechos, lo que late tras él, es un conflicto de poder. En este caso, un conflicto que involucra a los más poderosos Estados y a las mayores multinacionales, pero también a pequeñas y grandes comunidades, cuyo destino está, en ocasiones, directamente ligado al acceso adecuado al agua.

A diferencia de lo que sucede con algunos otros derechos económicos y sociales, cuya satisfacción en forma de prestaciones sólo interesa a grupos «desfavorecidos», a países «subdesarrollados», a comunidades «atrasadas» desde el punto de vista de los intereses dominantes del primer mundo, y ante los que es posible adoptar una posición más o menos «caritativa», el desbocado consumo de agua, junto a la relativa inelasticidad de la oferta y a su destrucción como consecuencia de la contaminación y el cambio climático, hacen que en la lucha por el agua compitan directamente los campos de golf con los agricultores de regadío, los desarrollos hoteleros de las playas con las formas tradicionales de vida de diferentes pueblos y culturas[3]. El problema del agua es un problema del campo y de la ciudad, de los países ricos y de los países pobres, del mundo desarrollado y del «subdesarrollado».

Es justamente esta situación la que obliga, al considerar el problema del «derecho al agua», a abordar no sólo su parte «dogmática» (es decir, su justiciabilidad, sus presupuestos, las obligaciones, etc.) sino su parte «orgánica» (es decir, la gestión del agua) que haga posible, en última instancia, la satisfacción del derecho. Sólo si ésta última se somete a la primera, habrá alguna esperanza de lograr un derecho al agua algo más que puramente semántico y, con él, de hacer posible un desarrollo equilibrado.

En el presente artículo, se estudia brevemente el sistema de gestión del agua existente en España (y en la Unión Europea), se esboza la posibilidad de un modelo alternativo ligado al principio de solidaridad, y se relaciona –desde una perspectiva más general– con el «derecho humano al agua».

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN ESPAÑA

### II.1. ANTECEDENTES

En 1866, las Cortes aprobaron la Ley de Aguas que reconocía el carácter de bien común de este recurso y su gestión a cargo de los usuarios agrupados en síndicos, juntas o comunidades de regantes. Sin embargo, con el tiempo la gestión comunal del agua fue sustituida por los organismos de riego estatales. El incremento de los regadíos en España, fue una

[3] La guerra del agua en Cochabamba, Bolivia, constituye uno de los más representativos ejemplos de la lucha de un pueblo por mantener el control de sus recursos hídricos frente a los intereses económicos de las transnacionales.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 489



apuesta del regeneracionismo encabezado por Joaquín COSTA, con el objetivo de impulsar la construcción de infraestructuras hidráulicas y de centralizar por cuencas la asignación y gestión de los recursos hídricos. Para 1926, se constituyeron las Confederaciones Hidrográficas y en los años siguientes, los grandes embalses y canales de distribución en las cuencas del Ebro, del Guadalquivir y de todo el Levante[4].

Pero más allá de las grandes zonas de regadío, el crecimiento de las ciudades exige igualmente grandes inversiones en infraestructuras para el aprovisionamiento de agua y para construir las redes de saneamiento. Así, en 1934 se aprueba el Plan Nacional de Obras Hidráulicas, que convierte al Estado en constructor de obras hidráulicas y suministrador de todos los recursos hídricos. Este proyecto incluye el trasvase Tajo-Segura, concluido en 1971 y que trasvasa agua –aunque cinco veces menos de la proyectada– desde una cuenca atlántica a otra mediterránea. Los recursos trasvasados se venden a un precio determinado a los usuarios, tanto a las comunidades de regantes como a los abastecimientos urbanos[5]. A partir del principio de que los caudales fluviales deben ser llevados a donde su uso sea más rentable, tanto desde el punto de vista económico como social, el Estado se arroga el derecho de repartir los recursos de una cuenca, independientemente de los datos físicos y de la opinión de sus habitantes[6].

Además, pareciera que estas obras fueron realizadas sin tener en cuenta el elevado coste de oportunidad, ya que para entonces la estructura económica del país se había modernizado y la agricultura había perdido peso, tanto en la composición del PIB como en la oferta de trabajo a la población activa. Los costes medioambientales resultan, asimismo, desproporcionados respecto del escaso aprovechamiento práctico de las obras[7].

En todo caso, el monopolio estatal del suministro de agua se extiende también a la planificación y gestión estratégica. La obligación de vender aguas a tarifas muy bajas –según corresponde a un producto básico– y la finalización de las concesiones históricas, dan lugar a la municipalización de los servicios de abastecimiento, que se mantendrá hasta los años setenta[8].

Lo cierto es que entonces, «(e)l agua se presenta como un recurso renovable, por lo que las políticas de oferta de agua no han tenido más limitaciones que las impuestas por las características orográficas del terreno para construir grandes embalses y trasvases, y las condiciones geológicas del suelo para extraer aguas subterráneas»[9].

---

[4] Cf. GERMINAL, Ramón, «Agua en la memoria», en *Agua, ¿mercancía o bien común?*, Alikornio ediciones, Barcelona, 2003, pp. 129, 130 y 166.

[5] Cf. *Ibíd.*, pp. 142 y 143.

[6] Cf. PÉREZ PICAZO, María Teresa, «De Costa al paradigma del desarrollo sostenible. Claves históricas de una crisis», en *El agua en España. Propuestas de futuro*, Pedro Arrojo Agudo (coord.), Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid, 2004, p. 140.

[7] Cf. *Ibíd.*, p. 141.

[8] Cf. GERMINAL, Ramón, *op. cit.*, 143.

[9] *Ibíd.*, p. 169.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 490



El 1 de enero de 1986, entra en vigor la nueva Ley de Aguas, aprobada en las Cortes con la mayoría absoluta socialista. Según esta norma, el agua deja de ser propiedad comunal para convertirse en un bien de dominio público, incluidas las aguas subterráneas. En realidad, sólo los acuíferos alumbrados con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley pasan al dominio público, mientras que se reconocen los derechos de propiedad privada de las fuentes subterráneas preexistentes que, por tanto, se mantienen bajo el dominio de los particulares.

Se introduce asimismo, el principio de planificación hidrológica en la administración de los recursos hídricos; son objeto de planificación: la estimación de demandas y su distribución por sectores; la asignación y reserva de recursos en cantidad y calidad adecuadas; la reserva de terrenos; la renovación de concesiones; las mejoras y transformación de regadíos; el programa de obras hidráulicas, y la fijación de objetivos de calidad por cuenca, subcuencas y tramos de ríos[10].

## II.2. EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL (PHN)

Desde 1993, la propuesta de Anteproyecto de PHN presentada por el ministro socialista Borrell, suscitó importantes controversias. En particular, la generalización de los trasvases y las correspondientes transferencias de elevados volúmenes de agua entre cuencas, así como ciertas carencias técnicas, generaron el rechazo de los usuarios en el seno del Consejo Nacional del Agua. Concretamente, el PHN socialista estimaba que en los siguientes diez años, se trasvasarían 2.510 $Hm^3$/año, de los cuales 1.475 correspondían al Ebro[11].

Más allá de los trasvases, esta propuesta estaba fundada en los siguientes lineamientos: un sistema de explotación único en cada Plan; la identificación y delimitación de las Unidades Hidrogeológicas compartidas por dos o más cuencas, y la fijación de demandas consolidadas y balances de recursos a partir de criterios homogéneos. Posteriormente, se introdujeron cuestiones adicionales como la protección del entorno natural, las infraestructuras básicas y las situaciones hidrológicas extremas.

Adicionalmente, se planteaba la necesidad de una responsabilidad compartida respecto de las competencias de las distintas Administraciones Territoriales, en materia de servicios de abastecimiento de agua; la participación privada en la financiación de infraestructuras; la reforma de la Ley de Aguas; la reforma de las instituciones encargadas de la administración hidráulica, y la reforma de los procedimientos de control y registro de derechos[12].

---

[10] Cf. *Ibíd.*, pp. 122 y 131.

[11] Cf. *Ibíd.*, p. 124.

[12] Cf. Bustamante Zenteno, Rocío R., *Visiones Mundiales sobre el Agua y Políticas Hídricas*, Documento elaborado en el marco de un contrato de consultoría entre el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Gobierno de Bolivia, por la Secretaría Técnica del Consejo Interinstitucional del Agua (CONAIG), Ministerio de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, Programa Nacional de Riego (PRONAR), Componente de Ordenamiento de Recursos Hídricos, La Paz, Bolivia, 2003.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 491



Los socialistas favorecieron la mercantilización del agua por la vía de las concesiones de los abastecimientos urbanos a la gestión privada y las concesiones por varios años a empresas privadas, a cambio de construir las infraestructuras de distribución. En cambio, el proyecto carecía de cualquier programa de ahorro, eficiencia y conservación del agua.

Posteriormente, el PHN de los populares –presentado en el 2000 y aprobado mediante ley en julio de 2001[13]– intentó igualmente establecer el marco general de la política hídrica española y coordinar la gestión del agua entre las diferentes cuencas hidrográficas. Sin embargo, la situación de los trasvases se mantuvo prácticamente igual. «Hoy el PHN del Partido Popular, aprobado ya por ley, es la misma versión, el calco, de aquel plan socialista, y hay que recordar que el partido que ahora gobierna, el responsable de la aprobación de ese Plan, predicaba en tiempos de oposición contra algo que era sustancialmente igual a lo ahora por él aprobado. ¿Quién, entonces, planifica el agua en este país, gobierne quien gobierne?»[14].

Efectivamente, aunque de conformidad con las recientes recomendaciones de los organismos internacionales, esta iniciativa incrementó los programas de conservación, las proyecciones de ahorro por mejoras de las redes distribuidoras y el uso más eficiente del agua, en realidad sólo redujo el trasvase del Ebro a 1.050 $Hm^3$/año, y dejó sin cuantificar la procedencia de otros trasvases. Y es que en esta franja del litoral mediterráneo se concentran grandes zonas regables de invernaderos y huertas altamente rentables en el mercado europeo, la industria turística, y los electores, según lo indican los censos de población. Además, «(l)a rentabilidad económica de la agricultura de primor mediterránea tiene tres factores determinantes: el clima, una mano de obra inmigrante en condiciones de semiesclavitud, y agua suficiente para regar»[15].

De hecho, durante el último gobierno popular se analizó igualmente la propuesta de la Generalitat catalana de trasvasar desde el Ródano 190 $Hm^3$ anuales hacia la zona central de Cataluña, propuesta elaborada por la sociedad francesa BLR interesada en vender el agua. Y es que una vez reformada la Ley de Aguas, el gobierno no esperó a la aprobación del PHN para privatizar la gestión de este recurso, mediante la creación de una empresa mixta por cada cuenca, a las que se cede la mayor parte de los servicios que hasta ahora prestaban las Confederaciones Hidrográficas. Actualmente, más del 50% de la gestión del abastecimiento urbano está en manos privadas por el sistema de concesiones, principalmente otorgadas a las multinacionales del agua de origen francés.

Entonces, tanto en el proyecto socialista de 1993 como en el PHN del gobierno popular de 2001, es amplísimo el programa de obras hidráulicas.

---

[13] Ley 10/2001 de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

[14] MARTÍNEZ GIL, Francisco Javier, «La Nueva Cultura del Agua», en *El agua en España. Propuestas de futuro*, *op. cit.*, p. 289.

[15] Cf. GERMINAL, Ramón, *op. cit.*, p. 196.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 492



En esencia, «se trata de incrementar la oferta de agua, un bien de dominio público, según la Ley, para satisfacer unas demandas fomentadas en un 80% por la demanda privada de los regantes»[16].

En este sentido, la política de aguas en España ha resultado ser, sencillamente, una mezcla de la vieja fórmula regeneracionista que promovió las grandes obras hidráulicas, con algunas políticas de gestión de la demanda, y ciertos rasgos de conservación del agua. En definitiva, ambos Planes mantuvieron un enfoque tradicional, que deja de lado las alteraciones ocasionadas en el ciclo hidrológico por el calentamiento del planeta, o la considerable degradación en la calidad del agua, en parte ocasionada por la mezcla de aguas naturales con calidades diferentes, durante el traslado de una cuenca a otra. En efecto, pese al evidente deterioro de la calidad del agua de los ríos, ninguno de los Planes contempla programas de mejora de la calidad del agua, que garanticen la salud ambiental[17].

Lejos de plantear una política integrada, se trata de programas unidireccionales que entienden los trasvases como única alternativa. Además, mantienen en esencia un enfoque de las políticas de oferta que hoy se cuestiona de forma generalizada por conducir a una insaciable espiral de consumo. Presentan, asimismo, un desfase temporal entre el diagnóstico de la situación y la puesta en marcha de las soluciones; no incluyen un programa de inversiones ni justifican debidamente la inversión que suponen, y carecen de los mecanismos necesarios para garantizar la participación ciudadana[18].

Precisamente las nocivas consecuencias de una política territorial basada exclusivamente en los trasvases, constituye en gran parte el fundamento de la oposición al PHN. Y es que el mapa del territorio continúa volcándose en la franja mediterránea, incrementando la degradación ambiental y social. El PHN, contribuye así al desarrollo indiscriminado de las cuencas receptoras, promoviendo una industria turística que exige la precariedad laboral más absoluta, y una agricultura intensiva que impone un régimen específico de explotación, marginación y segregación a la población inmigrante. Mientras tanto, en las cuencas cedentes, el goteo de la despoblación de las zonas deprimidas del interior, no cesa[19].

Por otra parte, habría que señalar que las competencias sanitarias sobre el agua están generalmente repartidas entre los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas, que deberán asegurar que ninguno de los parámetros de potabilidad esté por encima de las cantidades máximas establecidas por ley. No obstante, la propia ley permite sobrepasar algunos de esos parámetros en casos de emergencia, como en los períodos de

---

[16] Cf. *Ibíd*., pp. 122 y 123.

[17] Cf. *Ibíd*., pp. 150 y 151.

[18] Cf. Pérez Zabaleta, Amelia, «El análisis coste–beneficio de los trasvases en el Plan Hidrológico Nacional», en *El agua en España. Propuestas de futuro*, *op. cit*., p. 186.

[19] Cf. Germinal, Ramón, *op. cit*., pp. 197 y 198.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 493



sequía que se repiten de forma cíclica en las regiones de clima mediterráneo. Corresponde a las Confederaciones Hidrográficas definir la calidad del agua para los usos relacionados con la salud de la población, como abastecimientos urbanos, regadíos o baño. En todo caso, muchas personas se ven obligadas a beber agua envasada por las pésimas garantías de calidad que ofrecen las redes de abastecimiento urbano.

Otro aspecto preocupante es la situación de las aguas subterráneas. Actualmente, estas reservas cubren aproximadamente el 35% de las demandas de regadío y el 25% de los abastecimientos urbanos, pese a que su precio por metro cúbico supera entre 15 y 20 veces el de las aguas superficiales. Y es que, aunque existen por lo menos medio millón de pozos, tan sólo 17.000 están en régimen de concesión, mientras que el resto, o no están declarados o se mantienen bajo el dominio privado.

Lo cierto es que hoy por hoy, los abastecimientos urbanos enfrentan una seria problemática. Una creciente demanda, frente a la disminución de agua natural potabilizable debida a la contaminación y la competencia entre los usos. Ello sin considerar que los procesos de potabilización, al incrementar el consumo energético y con ello las emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera, contribuyen al calentamiento global; este principio, es igualmente aplicable a los posibles sistemas de desalinización del agua de mar. Por otro lado, las exigencias sanitarias son cada vez más estrictas, lo que descarta la posibilidad de potabilizar determinados recursos hídricos. Finalmente, el deterioro de la calidad del agua en los sistemas de distribución constituye otro fenómeno alarmante. Pues bien, ante esta grave situación, pareciera que la solución que pretende imponerse es el modelo que incrementa la economía del agua: la gestión de la escasez para ganancia de unos pocos.

Así, la Ley de Aguas fue reformada en diciembre de 1999[20] y, a grandes rasgos, esa reforma introdujo el principio de que un recurso considerado escaso, que se despilfarra debido a la falta de eficiencia y a los precios irrisorios de los que disfrutan los consumidores, necesita del mercado como elemento regulador. Según establece la propia exposición de motivos, «los usuarios deben actuar teniendo en cuenta el coste de oportunidad del agua, para lograr asignaciones más eficientes y potenciar una economía del agua más dinámica y sensible a la escasez y al valor del recurso en cada momento y lugar, por medio fundamentalmente de la flexibilización del régimen concesional». Con ello, la reforma extiende la desregulación y liberalización del negocio del agua a los regadíos, mediante las nuevas formas de obtención de recursos (desalinización y reutilización por depuración).

Aunque en principio se mantiene legalmente la definición del agua como un bien de dominio público, se promueve la compra-venta de aguas a través de contratos temporales en los que la compensación

[20] Ley 46/1999 de 13 de diciembre.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 494



económica puede ser libremente establecida por los contratantes, aunque podrá establecerse un precio máximo. Si bien se exige la previa autorización del Organismo de cuenca, opera el silencio administrativo positivo, mientras la negación de la autorización debe notificarse por escrito y ser argumentada conforme a la ley. Asimismo, se liberaliza el sector otorgando concesiones de construcción, explotación y gestión de obras hidráulicas a las multinacionales, las Comunidades de Regantes y las empresas de desalinización o depuración de aguas residuales; ahora, éstas tienen a su cargo el embalse y el trasvase para llevar el agua a las zonas de riego o a las redes de abastecimiento urbano e industrial[21].

Ciertamente, la ley dispone la revisión de las concesiones existentes, y la extiende a aquellos supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora técnica que contribuya al ahorro de agua. En estos casos, no se otorga al concesionario afectado ninguna compensación, aunque sí se pueden otorgar ayudas para ajustar las instalaciones a las nuevas condiciones concesionales. Pero con el fin de movilizar los derechos de uso ya concedidos, hacia actividades alternativas, se promueve la aparición de los mercados de agua, incluida la posibilidad de cesión de derechos entre usuarios y la de creación de centros de intercambio de derechos por parte de la Administración[22].

Finalmente, mediante la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado de 1997, el gobierno popular autorizó la constitución de las Sociedades Estatales del Agua (SAE), cuyo objetivo es «la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y el saneamiento y depuración de las aguas residuales».

Recientemente, el Real Decreto Ley 2/2004 de 18 de junio modificó la LPHN de 2001 –particularmente en el Capítulo III del Título I–, por considerar que en las previsiones relativas a las transferencias de agua entre el Ebro y las cuencas internas de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur, no se han abordado suficientemente aspectos fundamentales. En primer lugar, en el análisis económico se han exagerado los beneficios del proyecto e infravalorado sus costes; además, la forma en que funcionará la estructura de precios no queda explicada con claridad, y la relación entre la demanda y el precio no está debidamente contemplada. En segundo lugar, no se han evaluado con seriedad las repercusiones ambientales del proyecto, ni se ha garantizado la protección de los ecosistemas, de las especies y de sus hábitats; tampoco se especifica lo relativo al consumo de energía que supone el funcionamiento de los sistemas de bombeo y distribución, ni lo relativo al aumento de salinidad

[21] Cf. Germinal, Ramón, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

[22] Cf. Genovés, José Carles, «La Directiva Europea de Aguas y la Reforma de la Administración Pública», en *El agua en España. Propuestas de futuro, op. cit.*, p. 253.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 495



previsto tanto en la cuenca cedente como en las receptoras. En tercer lugar, la falta de rigor en los estudios técnicos sobre la disponibilidad de agua para trasvasar, impide determinar cuánta agua puede ser efectivamente transferida, con qué garantías, y cuál es realmente la capacidad de los embalses que almacenarán el agua en las cuencas receptoras. En última instancia, la LPHN resulta incompatible con la DMA de octubre de 2000; de hecho, hasta ahora la negativa valoración que del proyecto han realizado las autoridades comunitarias, apunta a que serán escasas las posibilidades de obtener financiación con cargo a los Fondos de Cohesión y al Fondo de Desarrollo Regional.

Por lo anterior, y según queda establecido en la Exposición de Motivos de este Decreto Ley, resulta esencial adoptar nuevas medidas, y dejar de invertir en las obras destinadas a la realización de un trasvase que no se va a llevar a cabo. De lo contrario, no sólo se incurre en un evidente despilfarro de los recursos públicos, sino que se obstaculiza, por inmovilización de recursos financieros, la implementación de las medidas estructurales de inversión y de gestión realmente necesarias. En los Anexos III y IV de este documento, se enlistan las actuaciones concretas que el actual gobierno socialista considera prioritarias y de interés general, en materia de política hídrica.

### II.3. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL (OT)

Según la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la Conferencia Europea de Ministros con responsabilidades territoriales en 1984, «(l)a Ordenación del Territorio es la expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector».

En esencia, el concepto rector de esta política de planificación pública es el desarrollo sostenible; es decir, se trataría de promover el desarrollo económico en un marco físico sostenible[23]. En esta medida, la gestión de los recursos naturales no puede concebirse sino en el marco de una estrategia territorial. El caso del agua resulta particularmente significativo, si consideramos que no sólo es un recurso esencial para el desarrollo de toda actividad productiva y de reproducción social, sino que tiene también una importante dimensión simbólica y cultural[24].

Sin embargo, en España los primeros planes y leyes sobre OT no se aprobaron sino hasta la década de los noventa en las Comunidades Autónomas,

---

[23] Cf. GERMINAL, Ramón, *op. cit.*, pp. 180 y 181.

[24] Cf. DEL MORAL ITUARTE, Leandro, «Planificación Hidrológica, Mercado y Territorio», en *El agua en España. Propuestas de futuro, op. cit.*, p. 208.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 496



aunque el gobierno central mantuvo la mayor parte de las competencias, y la UE tenía bajo su control los fondos necesarios para su desarrollo[25].

En cualquier caso, actualmente la planeación pública va quedando supeditada a los procesos de liberalización y globalización económica. En principio, el control de la política monetaria, como herramienta indispensable para la planificación económica, escapa ya a las instituciones nacionales. Por otro lado, hoy en día la OMC podría sancionar a aquellos Estados que pretendieran ampararse en planes ambientales o territoriales, para impedir que las multinacionales accedan libremente a sus mercados o servicios públicos[26].

Asimismo, numerosos proyectos públicos, como los planes estratégicos de las ciudades, se ofrecen a la economía global; es decir, la planificación territorial estará determinada por los beneficios que pueda suponer para las empresas. En última instancia, los programas de saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas, responden más bien a los intereses de la industria fabricante de tecnologías de depuración, lo que representa una desviación de fondos públicos a las corporaciones del agua. En pocas palabras, «(l)os planes privados de las empresas priman sobre la planificación pública»[27].

Desafortunadamente, ni el proyecto de PHN presentado por los socialistas en 1993, ni la LPHN aprobada por el gobierno popular en el 2001, incorporaron realmente los principios de la OT. Por el contrario, las voluminosas transferencias hídricas en que se basan, son la causa de una serie de desequilibrios regionales; porque junto con el agua, se transfiere también desarrollo, poder económico y poder político, lo que en último término se traduce en una articulación territorial desigual, desequilibrada y poco solidaria[28].

Pero resulta además, que en este modelo territorial no son sólo las cuencas cedentes las que ponen en riesgo su desarrollo, debido a la despoblación que está generando la extracción de la riqueza, sino que incluso en las cuencas receptoras –supuestamente beneficiadas por los trasvases– están potenciándose procesos indeseables que ponen en riesgo la sostenibilidad de estas regiones.

Se trataría, en última instancia, de analizar minuciosamente el funcionamiento de cada cuenca hidrográfica, y optar entonces por la alternativa de ocupación del territorio más adecuada, teniendo en cuenta que los estilos de vida deben ser realmente compatibles con el funcionamiento de esas cuencas[29].

---

[25] Cf. Germinal, Ramón, *op. cit.*, pp. 191-194.

[26] Cf. *Ibíd.*, p. 181.

[27] *Ibíd.*, p. 182.

[28] Cf. Del Moral Ituarte, Leandro, *op. cit.*, p. 210.

[29] Cf. *Ibíd.*, p. 209.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 497



En este sentido, los Planes Hidrológicos sólo resultarán viables en la medida en que incorporen un modelo de OT acorde con la situación general del país, y las necesidades particulares de cada región. Es decir, una dinámica territorial más justa que no sólo suponga un plan de orden espacial, sino que a la vez promueva una *Nueva Cultura del Agua* efectivamente fundada en los valores sociales y no exclusivamente en la lógica del beneficio económico[30].

En definitiva, es fundamental que las políticas de OT en España den un giro hacia modelos de desarrollo más equitativos, solidarios y sostenibles, y que instauren una gestión integrada de los recursos que realmente garantice a todos los individuos y comunidades el acceso al agua como elemento vital.

### II.4. LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS (DMA)[31]

La DMA de la Unión Europea no se ocupa del acceso a este recurso como derecho humano fundamental, ni hace referencia a una distribución más equitativa, al control de los mecanismos de mercado sobre este sector o al valor simbólico y cultural del agua. En realidad, este documento pretende simplemente introducir en la gestión del agua los criterios de racionalidad económica y conservación de los recursos hídricos.

El análisis económico del uso del agua en que se sustenta la DMA, supone ante todo incorporar el principio de recuperación total de costes. En efecto, según las disposiciones de la Directiva, para fomentar pautas de consumo racionales es necesario establecer una gestión económica del agua fundada en la recuperación integral de costes (art. 9.1), el reflejo de los mismos en el precio del agua, y la eliminación de las subvenciones públicas y las subvenciones cruzadas entre usuarios. La gestión de la demanda es el elemento clave para una gestión eficaz de los recursos hídricos, y en este sentido, unos precios que realmente reflejen los costes y la escasez del agua constituyen una variable relevante[32]. Lo imprescindible, es trasladar los costes íntegros de explotación, tratamiento y suministro de agua, al precio que pagan los usuarios[33].

En efecto, «la escasez es una de las características inherentes a cualquier bien económico y en este sentido se trata, ante todo, de marcar de forma estricta los límites de disponibilidad, desde criterios serios de sostenibilidad, clarificando y, en su caso, revisando o modificando, los derechos de propiedad y uso»[34]. Se pretende encontrar «nuevas fórmulas que per-

---

[30] Cf. *Ibíd.*, p. 214.

[31] Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

[32] Cf. PÉREZ ZABALETA, Amelia, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

[33] Cf. GERMINAL, Ramón, *op. cit.*, p. 170.

[34] ARROJO AGUDO, Pedro, «Un nuevo enfoque de racionalidad económica en la gestión de aguas», en *El agua en España. Propuestas de futuro, op. cit.*, p. 176.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 498



mitan resolver el problema de la escasez con criterios ambientales y sociales y con el acatamiento de la Directiva Marco de Aguas»[35].

El principio de la recuperación íntegra de costes está igualmente reconocido en la Exposición de Motivos de la LPHN de 2001. Por tanto, es necesario que todo proyecto incluya los cálculos pertinentes para hacer plenamente efectivo este principio, «tomando en consideración los pronósticos a largo plazo de la oferta y demanda de agua en la demarcación geográfica, y el estudio de la combinación más rentable de medidas basándose en los costes potenciales de las mismas»[36].

Sin embargo, sólo el trasvase del Ebro a las cuencas internas de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur, supone un coste aproximado de 19 443 millones de euros en 7 años[37]; y ya el anterior gobierno mantenía negociaciones con el fin de conseguir fondos comunitarios para financiar este proyecto[38], pese a que la DMA pretende que se eliminen todo tipo de subvenciones públicas en favor de la libre competencia de mercado.

Pareciera entonces, que la política hídrica española implementada hasta hoy, resulta en gran medida incompatible con la DMA. En términos generales, ni el PHN de 2001 ni los planes de cuenca, han tenido en cuenta los principios, exigencias, métodos, y pautas de planificación y uso del agua establecidos por la Directiva[39].

Por ahora, la LPHN –fundada precisamente en las transferencias de agua entre cuencas como única solución posible a los problemas hídricos de España– se mantiene en esencia vigente. Ciertamente, el actual gobierno ha reconocido la necesidad de incorporar la DMA a la política de aguas; pero de momento, no se han planteado formas de gestión alternativas que comporten un menor coste económico, social y ambiental.

En la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 2/2004 de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001 de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, queda establecido que de conformidad con la DMA «las transferencias entre cuencas sólo deben plantearse cuando se hayan optimizado los recursos hídricos de cada cuenca; y, en todo caso, cualquier actuación hidráulica debe ser compatible con el mantenimiento de los caudales que garanticen la calidad ecológica de las aguas. Ello es aplicable, evidentemente, a la única transferencia de agua de importancia significativa existente en España, el trasvase Tajo-Segura, cuya utilización deberá ajustarse, estrictamente, a las condiciones establecidas en la legislación vigente». Consecuentemente, se derogan algunas de las disposiciones de la

---

[35] Pérez Zabaleta, Amelia, *op. cit.*, p. 201.

[36] *Ibíd.*, p. 184.

[37] Cf. Pérez Zabaleta, Amelia, *op. cit.*, p. 187.

[38] Cf. Llamas Madruga, Manuel Ramón, «La crisis de la política hidrológica tradicional: nuevas perspectivas», en *El agua en España. Propuestas de futuro, op. cit.* p. 39.

[39] Cf. Genovés, José Carles, *op. cit.*, p. 258.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 499



LPHN relativas a las transferencias de recursos hídricos; entre ellas, el artículo 13 que preveía las transferencias anuales de la cuenca del Ebro a las cuencas internas de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur.

Y es que en definitiva, el tremendo impacto de las grandes obras hidráulicas contraviene varios de los principios derivados de las disposiciones de la DMA. En primer término, estos proyectos son incompatibles con el objetivo de promover un uso sostenible del agua basado en la protección de los recursos hídricos a largo plazo. Asimismo, resultan contrarios a los principios de no deterioro del agua, prevención en el origen, unidad de cuenca, protección y mejora de los ecosistemas, y recuperación de los costes[40]; y difícilmente satisfacen los requerimientos europeos relativos a la conservación de los hábitats, ni la obligación de llevar a cabo una adecuada evaluación de las repercusiones que cualquier plan o proyecto pudiera tener sobre ellos.

En efecto, al referirse a la calidad de los ecosistemas de agua dulce, la DMA establece cuatro estados diferentes: el «muy bueno», el «bueno», el «malo» y el «pésimo». Pues bien, cualquier intervención futura sobre los sistemas fluviales tendría que mantener el nivel de «muy buena calidad» o, en su caso, mejorar los estados inferiores. «En cualquier caso, tiene la obligación de no deteriorarlos, no sólo por una razón de orden moral sino impuesta por la ley[41]».

En el marco de la DMA, la calidad de las aguas constituye así una restricción para el desarrollo de la actividad económica. Para asegurar el pleno cumplimiento de estos objetivos de calidad, las autoridades públicas deberían atender tanto a los principios de unidad de acción y planificación, como a los efectos medioambientales que las actividades económicas pudieran tener sobre los ecosistemas. A través de un cuidadoso análisis –y procurando la participación de todos los grupos involucrados– tendrían que determinarse los estándares de calidad, y establecerse los límites y controles de toda actividad, necesarios para garantizarlos[42].

En resumen, el gobierno ha incumplido la obligación de incorporar progresivamente aquellas directrices que permitan alcanzar, lo antes posible, la satisfactoria transposición de la DMA. Aunque se presentó un primer documento –denominado «Directiva 2000/60/CE, Análisis de trasposición y procedimientos de desarrollo»– para un debate en el Consejo Nacional del Agua, «si tenemos en cuenta los principios de la Directiva, resulta un mero gesto tardío e insuficiente»[43].

---

[40] Cf. La Calle Marcos, Abel, «El nuevo marco jurídico que introduce la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea», en *El agua en España. Propuestas de futuro, op. cit.*, pp. 118-122.

[41] Martínez Gil, Francisco Javier, «La Nueva Cultura del Agua», en *El agua en España. Propuestas de futuro, op. cit.*, p. 315.

[42] Cf. Genovés, José Carles, *op. cit.*, pp. 256-258.

[43] La Calle Marcos, Abel, *op. cit.*, p. 70.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 500



Todo esto pone en entredicho la legalidad de la LPHN vigente, cuya aprobación es posterior a la entrada en vigor de la DMA. Es decir, «si las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional comprometen gravemente la consecución de los objetivos previstos en la Directiva marco, como así parece, sería una norma que debería inaplicarse conforme al principio de primacía del derecho comunitario (...)»[44].

Es urgente la implementación de una nueva política de aguas en España, que efectivamente asuma el reto de la racionalización económica que impone la DMA, «pero no simplemente desde la lógica de los mercados, sino desde la coherencia de un cambio de paradigma cultural, una Nueva Cultura del Agua, en la que racionalidad económica, integración de los valores y funciones ambientales y ética intergeneracional son las claves»[45].

## III. HACIA UN MODELO ALTERNATIVO DE GESTIÓN DEL AGUA EN ESPAÑA

Está claro que, hasta ahora, la política hidráulica española no ha incorporado el nuevo paradigma de gestión de los recursos hídricos, sino que ha mantenido una planeación esencialmente fundada en un catálogo de embalses y de trasvases, mejor o peor justificados. «Existen dos factores que pueden contribuir a explicar estos comportamientos, cuyo peso respectivo es difícil de medir: primero, la influencia de una opinión pública deformada por un siglo de estructuralismo hidráulico, por lo que las políticas de promoción de obras son rentables políticamente y, después, la presión de los *lobbies*, ya que economizar el agua no es negocio (...)»[46].

Ciertamente, algunas de las grandes obras hidráulicas han conseguido su objetivo. «Desde la seguridad de los abastecimientos urbanos en una sociedad que en unas pocas décadas ha experimentado un proceso de urbanización sin precedentes, hasta la previsión de un alto grado de seguridad alimentaria y de condiciones favorables para el asentamiento de población rural, propiciadas ambas por la expansión de las superficies de regadío en grandes áreas en todos los continentes»[47].

Sin embargo, los elevados costes económicos, sociales y ecológicos de estas obras obligan a imponer nuevos criterios de decisión. Los grupos de expertos y los ecologistas pugnan porque se aplique con rigor el cálculo coste-beneficio a todo proyecto hidráulico y, en general, porque se modifique el actual sistema que sólo beneficia a algunos sectores. La agroindustria sigue siendo beneficiaria principal del sistema, pese a que la agricultura ha dejado de ser el sector económico predominante. Hoy

[44] Cf. *Ibíd.*, p. 119.

[45] Arrojo Agudo, Pedro, «Un nuevo enfoque de racionalidad económica en la gestión de aguas», *op. cit.*, p. 179.

[46] Pérez Picazo, María Teresa, *op. cit.*, p. 147.

[47] Genovés, José Carles, *op. cit.*, p. 250.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 501



por hoy, este sector genera sólo el 2,5% del PIB frente al 25% que representaba en 1950, y tampoco las exportaciones proceden mayoritariamente del sector agrícola[48].

Por otra parte, hasta ahora la aplicación de técnicas ahorradoras de agua y la reducción de consumos unitarios, han servido más bien para que la iniciativa privada incremente la superficie de cultivo, y maximice así el valor añadido por metro cúbico de recurso disponible. «El agua, y no la superficie, es el factor limitante y, en consecuencia, los ahorros producidos no se traducen en reducir la sobreexplotación sino en incrementar la producción agraria con igual o mayor presión sobre el sistema hidráulico»[49].

En último término, la creciente demanda, la escasez del agua en algunas regiones, el despilfarro debido al mal estado de las redes de abastecimiento agrario y urbano, y el constante deterioro de la calidad de las aguas, están generando cada vez mayores conflictos. Por tanto, es fundamental modificar los esquemas del sistema vigente, a partir de un nuevo enfoque de sostenibilidad, equidad, solidaridad y racionalidad económica.

Ante todo, habría que asumir que las políticas del PHN constituyen un elemento propio de un modelo de desarrollo irresponsable y actualmente insostenible. «La realidad hidrológica y social de la España de 2003 no puede exigir la construcción de más presas, salvo en casos y circunstancias que habrá que demostrar. No exige nuevas vueltas de tuerca a unos sistemas naturales ya muy degradados. Y no hay desequilibrios hidrológicos naturales que corregir sino 'demandas' que controlar (...)»[50].

«Para cualquier persona con un conocimiento de nuestras realidades hidrológicas, dotada de un mínimo sentido de la responsabilidad, es obvio que la tarea que ahora procede es gobernar lo que ya se explota, detener la destrucción injustificada y desproporcionada, controlar el uso del agua, revisar las concesiones abusivas, exigir el cumplimiento de la Ley, restaurar aquello que se pueda y, sobre todo, instaurar en la sociedad, en el corazón de los ciudadanos y en la acción política y de gobierno, una 'cultura del agua', una auténtica ética hidrológica, de la que hoy carecemos»[51].

Pues bien, en principio, el deber de asegurar a todos los individuos y comunidades un acceso equitativo al agua, exigiría al Estado mantener el control de este recurso como bien público de uso común, y regular adecuadamente su explotación, distribución y utilización. El propio Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido que el aprovechamiento de los recursos naturales en aras del interés común, necesariamente impone límites al ejercicio de la propiedad privada. Así, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 33 (derecho de propiedad), 128.1 (subordina-

---

[48] Cf. PÉREZ PICAZO, María Teresa, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

[49] GENOVÉS, José Carles, *op. cit.*, p. 255.

[50] MARTÍNEZ GIL, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 303.

[51] *Ibídem*.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 502



ción de la riqueza al interés general) y 45.2 (utilización racional de los recursos naturales) de la Constitución Española (CE), no es posible aceptar que en la regulación legal de los recursos naturales, y en particular de un recurso vital tan escaso como el agua, debiera tenerse por objetivo prioritario evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales individuales[52].

Ahora, más allá de la promulgación y defensa de una normativa que asegure el buen estado medioambiental del dominio público hidráulico, los poderes públicos deberán encargarse de la formulación de trabajos estadísticos que proporcionen datos fiables sobre la situación de los recursos hídricos, y de programas educativos orientados a la toma de conciencia por parte de los ciudadanos, respecto de la necesidad de proteger el medio ambiente y los recursos naturales[53].

Pero la participación de la ciudadanía en la planeación y gestión integrada del agua resulta asimismo fundamental. Se trataría entonces, de implementar un modelo de control «público-social» de los recursos hídricos, en el cual sería viable igualmente una participación responsable del sector privado, que permitiera solventar los problemas financieros del sector hídrico.

La gestión de la demanda es otro punto clave en el nuevo modelo. Hasta ahora, los modelos de gestión del agua partían de la presunción de que la demanda es inflexible y, consecuentemente, el único espacio abierto para las políticas públicas era el de la oferta. No obstante, conviene romper con el mito de la inflexibilidad de la demanda porque ésta depende de la relación, considerada en términos globales, que cada usuario establece con el agua. Es decir, la demanda es el resultado del proceso y no un *a priori* del que se deba partir.

Originalmente, la gestión de la demanda se concibió a partir de la recuperación íntegra de costes a través del precio. El precio sería el indicador que señalaría al usuario qué nivel de consumo hídrico es el óptimo para él; a mayores precios, disminuiría la demanda. Pero esta perspectiva resulta asimismo insuficiente, y está aquejada de un mecanicismo semejante al de considerar la demanda inflexible. Si no es cierto que la demanda sea inflexible, tampoco lo es que su nivel dependa exclusivamente del precio.

Las nuevas políticas hídricas deberían centrar sus programas en la adecuada gestión de la demanda; es decir, en calcular con precisión la cantidad de agua que, en cada momento, estarían dispuestos a comprar los usuarios a un precio determinado. Esta cantidad depende de un conjunto de factores sociales y culturales, además de económicos. De lo que se trata, es de conseguir una demanda social de agua sostenible desde el punto de vista ecológico, y no sólo viable económicamente.

---

[52] STC 243/1993, fundamento jurídico 8.

[53] Cf. PÉREZ PICAZO, María Teresa, *op. cit.*, p. 148.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 503



En este sentido, la apetencia insaciable no puede confundirse con la demanda. El agua no puede ser reclamada simplemente para favorecer grandes negocios en beneficio de intereses económicos personales[54].

Existe, pues, un error teórico al calificar la demanda de agua. El «agua» demandada no es siempre el mismo tipo de objeto; mientras que en unos casos hablamos de demanda de un bien considerado como insumo de una actividad productiva, y susceptible de ser analizada en términos de precio, en otros casos nos referimos al «agua» como bien público. En esta segunda hipótesis, los derechos humanos asociados a ella no son negociables en términos económicos; es decir, su demanda no depende del precio. No obstante, en la planificación de los recursos hídricos la tendencia ha sido considerar únicamente la dimensión pública de la demanda de los ciudadanos, olvidando la verdadera demanda en sentido económico: aquella proveniente de los diferentes agentes productivos. Ello explica la generalización de la gratuidad en el tratamiento del agua[55].

En definitiva, si atendemos a la demanda de agua como insumo productivo, tendremos que reconocer que su escasez la ha convertido en un bien preciado. El objetivo de una política hídrica no puede ser, entonces, proporcionar agua a bajo coste para facilitar la actividad económica, sino racionalizar el consumo de agua entre las diferentes actividades productivas que compiten por su uso[56].

Sobre estas bases, el actual gobierno socialista se ha comprometido a impulsar un modelo alternativo a la política de los trasvases, y que resulte acorde con la normativa europea fundada en los principios de equidad, eficiencia, sostenibilidad y utilización de las nuevas tecnologías. De hecho, ya en su discurso de investidura RODRÍGUEZ ZAPATERO anunció «una nueva política del agua, una política que tomará en consideración tanto el valor económico como el valor social y el valor ambiental del agua, con el objetivo de garantizar su disponibilidad y su calidad, optimizando su uso y restaurando los ecosistemas asociados». Recientemente, el Ministerio de Medio Ambiente (MMA) ha presentado el Programa A.G.U.A. (Actuaciones para la Gestión y Utilización del Agua), que efectivamente incorpora algunos de los aspectos que hemos señalado como esenciales para formular un modelo alternativo de gestión de los recursos hídricos en España. No obstante, mientras la LPHN de 2001 se mantenga vigente, difícilmente el Programa podrá ser efectivamente implementado.

El Programa A.G.U.A. está fundado en el principio de que este recurso es patrimonio de todos los ciudadanos y debe contribuir al desarrollo sostenible de todos los territorios. En consecuencia, apuesta por reforzar el control público del uso y de la calidad del agua, y potenciar –mediante

---

[54] Cf. MARTÍNEZ GIL, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 310.

[55] Cf. PÉREZ PICAZO, María Teresa, *op. cit.*, p. 145.

[56] Cf. GENOVÉS, José Carles, *op. cit.*, p. 252.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 504



la explicación y difusión de la información oportuna– la participación y la corresponsabilidad de los ciudadanos, con el objeto de combatir el despilfarro, la especulación, la insuficiencia y la contaminación, y de alcanzar soluciones realmente adecuadas y duraderas al problema del agua.

A grandes rasgos, los ejes en que se basa el Programa A.G.U.A. son los siguientes:

El agua es, al mismo tiempo, un derecho y una responsabilidad. Todo ciudadano debe saber cómo participar de forma activa en la gestión del agua, y debe exigir a los poderes públicos que eviten todo abuso y degradación de este bien público.

El agua tiene un valor económico, social y ambiental. Toda actuación debe tener en cuenta esta triple dimensión, así como la gestión integral del agua en cada cuenca.

España forma parte de la Unión Europea, lo que comporta la posibilidad de obtener recursos económicos adicionales y obliga a cumplir las normas europeas: en materia de agua, la Directiva Marco 2000/60, así como todas las normas relativas a la calidad del agua y al cuidado del medio ambiente.

La innovación tecnológica permite, cada vez más, un mayor ahorro y eficiencia del agua, así como una mayor garantía de disponibilidad y de calidad en el suministro; y favorece, asimismo, la preservación y la restauración de los ecosistemas asociados al agua.

El agua no es un bien ilimitado, ni su disponibilidad en la cuantía y calidad adecuada es gratuita. El uso del agua debe tener en cuenta sus costes reales, así como el beneficio económico que puede generar su utilización; y debe respetar la exigencia de un caudal mínimo para mantener los ecosistemas de cada cuenca incluidos los costeros.

De acuerdo con el plan previsto, la implementación de este Programa se llevará a cabo gradualmente, durante el período 2004-2008. Para ello, se realizarán las actuaciones siguientes:

Se reformarán las Confederaciones Hidrográficas, incorporando a las Comunidades Autónomas al proceso de toma de decisiones y de control público del uso y calidad del agua, fomentando la participación de todos los ciudadanos en la gestión de este recurso.

En cada cuenca hidrográfica se creará un Banco Público del Agua, que permitirá reasignar los derechos históricos al agua con criterios de equidad, eficiencia y sostenibilidad.

Se establecerán tarifas de agua acordes con los costes reales de obtención y de tratamiento del agua, moduladas en función del beneficio económico generado por la utilización del agua, según lo exige la normativa europea.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 505



Se acometerán las actuaciones de mejora de la gestión y del suministro de agua de calidad, acordes con las necesidades existentes y, en particular, las dirigidas a: la optimización de las infraestructuras de almacenamiento y distribución existentes (tanto de regadío como de abastecimiento urbano), la depuración y reutilización, y la desalinización.

Ahora bien, aunque el Programa A.G.U.A. tendrá aplicación en todo el territorio español, comenzará en las cuencas hidrográficas del litoral mediterráneo (Sur, Segura, Júcar, Ebro y Cataluña), donde concretamente:

Incorpora aquellas actuaciones, históricamente propuestas pero en la práctica no desarrolladas, coherentes con los objetivos del Programa y que, por su viabilidad económica y ambiental, son además susceptibles de obtener financiación europea.

Incorpora un conjunto de nuevas actuaciones dirigidas a la optimización y mejora de la gestión del agua, a la generación de nuevos recursos, a la prevención de inundaciones y a la depuración y reutilización del agua.

Apuesta por la participación social, por lo que la concertación de nuevas actuaciones está abierta a las sugerencias de los ciudadanos, pudiendo modificarse o ampliarse el Programa con las aportaciones que se introduzcan en el debate parlamentario.

Por último, cabría referirse a los conceptos que el Programa A.G.U.A. incorpora:

Cuenca global: incluye no sólo el agua de sus ríos y acuíferos sino también la que puede obtenerse por desalinización en el litoral de esa cuenca; «porque el agua del futuro, la que puede asegurar un desarrollo sostenible, está en el mar»[57]. Pero además, la sostenibilidad exige, por un lado, equilibrar el crecimiento económico y el respeto al medio ambiente y, por otro, disminuir la dependencia del exterior en cuanto a la obtención de recursos; es decir, aumentar la autonomía mediante el autoabastecimiento hídrico. Por tanto, el Programa A.G.U.A. incluye proyectos de obtención de recursos a partir de nuevas fuentes que aseguren la disponibilidad de agua con independencia de la situación climática.

Más flexibilidad: con el fin de asegurar la satisfacción económica, social y ambientalmente sostenible de las necesidades presentes y de las necesidades futuras ligadas al desarrollo, el Programa apuesta por una mayor previsión ante posibles catástrofes, como las sequías periódicas; por la recuperación de los ecosistemas hídricos deteriorados; por el desarrollo tecnológico; por medidas más eficientes, de ejecución más sencilla y resultados más rápidos, menos costosas –frente a las grandes obras de efectos irreversibles–, y capaces de adaptarse a nuevas situaciones.

---

[57] Según datos del Ministerio de Medio Ambiente, actualmente existen en España más de 700 desalinizadoras funcionando con una capacidad de desalación superior a los 800.000 $m^3$/día, de los cuales el 47,1% provienen del agua marina.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 506



Más calidad: supone garantizar un suministro adecuado de agua en buen estado, conforme a las normas europeas, incluyendo la calidad del agua procedente de la reutilización o la desalinización; asimismo, implica adoptar las medidas oportunas para reducir la contaminación de las fuentes superficiales y subterráneas.

Más ahorro: se trata de suministrar agua al menor coste y promover la eficiencia en su uso; para ello, se deberá potenciar el ahorro en el consumo, reduciéndolo al estrictamente necesario para cada actividad, de acuerdo con una demanda efectiva, poniendo en marcha las nuevas tecnologías, y aprovechando los recursos hídricos más cercanos. Además, la coherencia de las actuaciones con las directrices europeas, facilitará el acceso a subvenciones de fondos europeos.

Más agua para un desarrollo más sostenible: para hacer frente a las deficiencias en el abastecimiento y los problemas de contaminación del agua, que hoy limitan el desarrollo económico y ponen en riesgo la salud, es necesario sustituir el actual modelo del «desarrollismo» –que degrada y agota los recursos en pos de un crecimiento económico de corta duración, que aumenta las desigualdades y compromete el futuro– por un modelo económico más sostenible, es decir, más saludable y duradero. Así, el Programa A.G.U.A. propone un desarrollo fundado en la preservación de la calidad de las aguas; la protección de los ecosistemas acuáticos; el respeto al equilibrio natural de los ecosistemas; la reutilización del agua; el ahorro en el consumo, y la regeneración ambiental.

En definitiva, y según ha declarado Cristina Narbona, ministra de Medio Ambiente[58], el Programa A.G.U.A. pretende optimizar el consumo, la generación de nuevos recursos, la reutilización, y la mejora de la gestión del agua, incluyendo las fuentes de agua subterráneas. En efecto, actualmente la sobreexplotación de los acuíferos aumenta los niveles de contaminación, y pone en riesgo el aprovechamiento sostenible de estas fuentes como complemento de las superficiales.

Además, el actual Ministerio considera necesario implementar los mecanismos oportunos para la mejora de las infraestructuras de los regadíos, la utilización de aguas residuales y su depuración. Igualmente, deberán revisarse las concesiones otorgadas porque muchas de ellas, en principio concedidas para ser utilizadas en los regadíos, son hoy destinadas a terrenos urbanizados o campos de golf, sin sujeción a ningún control gubernamental.

## IV. GESTIÓN DEL AGUA Y DERECHO AL AGUA

Han quedado apuntados algunos de los rasgos principales que, a nuestro juicio, debieran modelar el nuevo sistema de gestión de los recursos

[58] Cf. J. F., «Más de cien actuaciones en el Programa *Agua*», *Tribuna COMPLUTENSE*, Universidad Complutense de Madrid, No. 16, 16 de noviembre de 2004, p. 9.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 507



hídricos. Pero igualmente, sería necesario alcanzar el consenso sobre ciertas cuestiones éticas que resultan fundamentales y que tienen que ver, básicamente, con la condición de bien común público del agua, y la necesidad de administrarla bajo principios de igualdad, universalidad y mantenimiento de la paz[59].

En efecto, la cuestión relativa a la propiedad común de este recurso resulta fundamental. Sobre todo, porque tiene que ver con la necesidad de delimitar claramente aquellas áreas que son esenciales para la vida o necesarias para la justicia social y económica y que, por tanto, deben mantenerse bajo el control de los ciudadanos. Evidentemente, el acceso al agua en condiciones de igualdad constituye un aspecto central para la vida y para la justicia, y en esa medida, es esencial restablecer los derechos de propiedad común para que las pautas de uso estén dictadas por los límites naturales de renovabilidad y los límites sociales de equidad[60]. Además, en un modelo fundado en la declaración del agua como bien público, cabrían asimismo mecanismos que promuevan la inversión privada y un uso racional de los recursos hídricos.

Así, cualquier proyecto dirigido a la regulación y protección del agua a través de un cuerpo normativo mundial legalmente vinculante, o de los ordenamientos nacionales, deberá fundarse en el reconocimiento del agua como patrimonio mundial común y vital, y en el derecho de todos los seres humanos a acceder a este recurso, individual y colectivamente[61].

Y es que además de que una explotación de las fuentes de agua basada exclusivamente en principios de utilidad, conlleva necesariamente una distribución inequitativa, conduce igualmente a un consumo acelerado e irresponsable de las reservas. Las reservas no pueden crecer infinitamente para satisfacer las demandas de mercados que crecen sin interrupción. Por ello, «(e)l hecho mismo de que no pueda ser sustituida por nada convierte al agua en un activo básico que no puede subordinarse a los principios del mercado»[62].

Una empresa privada, aun cuando lleve sus negocios con absoluta transparencia, tiene como objetivo la búsqueda del máximo beneficio; por tanto, no puede ser la encargada de ofrecer un servicio que tendría que prestarse sin ánimo de lucro. Además, acrecentar el beneficio supone con frecuencia alentar el consumo; entonces, las empresas comerciales tampoco pueden ser empresas sostenibles que se ocupen de la conservación de los recursos[63].

---

[59] Cf. Barlow, Maude y Clarke, Tony, *Oro Azul. Las multinacionales y el robo organizado de agua en el mundo*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 317 y 318.

[60] Cf. *Ibíd.*, p. 318.

[61] Cf. Petrella, Ricardo, *El manifiesto del agua. Argumentos a favor de un Convenio Mundial del Agua*, Icaria Editorial – Intermón Oxfam, Barcelona, 2002, pp. 112 y 113.

[62] Barlow, Maude y ClarkE, Tony, *op. cit.*, pp. 319 y 320.

[63] Cf. *Ibíd.*, p. 169.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 508



En esta medida, la asociación público-privada en los servicios de agua conlleva el riesgo de que se impongan los intereses del sector privado y se reduzca a mera fuente de rentabilidad una de las últimas áreas susceptibles de ser conquistadas para la acumulación privada de capital. No obstante, también habría que tener en cuenta que, con frecuencia, el manejo deficiente de los servicios de agua por parte de las instituciones del sector público ha favorecido los argumentos con que los defensores de un modelo de mercado pretenden justificar la privatización de este sector. Desafortunadamente, dentro de los sistemas de aprovechamiento y suministro de agua, han constituido prácticas habituales la centralización burocrático-estatal de la toma de decisiones en materia de explotación, uso y gestión de los recursos hídricos; la utilización estratégica de las políticas hídricas, o las prácticas corruptas entre el Estado central, los gobiernos locales, las organizaciones políticas y el mundo empresarial para la adjudicación de concesiones y contratos de gestión de los diversos servicios de agua[64].

Entonces, si bien es urgente liberar el agua de la lógica burocrático-centralista del poder estatal, su gestión tampoco puede quedar exclusivamente sujeta a las leyes del mercado mundial. La privatización de este recurso, es decir la transferencia de la propiedad y el control absolutos a empresas privadas, puede poner en riesgo la seguridad hídrica de comunidades enteras. Debería optarse, en cambio, por constituir empresas de tipo cooperativo como auténtica alternativa para la explotación y administración del servicio público del agua de forma sostenible y solidaria. De hecho, en la India existen ya algunos ejemplos exitosos de transferencia de los derechos de propiedad y los poderes de gestión de los recursos públicos a las comunidades locales[65]. «Los derechos comunitarios son necesarios tanto para la ecología como para la democracia. El dominio burocrático de entidades distantes y externas, así como el control del mercado a manos de los negocios y las corporaciones, desmotivan la conservación. Las comunidades locales no preservan el agua ni dan mantenimiento a los sistemas hídricos si los únicos beneficiarios de sus esfuerzos y recursos son los organismos externos, sean burocráticos o comerciales»[66].

Pareciera entonces, que el reto es diseñar un modelo de gestión de los recursos hídricos que pueda insertarse en el marco de un mundo política y económicamente globalizado, pero que se ocupe igualmente del bienestar y la universalización de los derechos y que, por tanto, garantice plenamente el derecho fundamental de todos los individuos y colectividades a acceder a una cantidad de agua potable suficiente para satisfacer las necesidades básicas de alimentación, salud e higiene.

---

[64] Cf. Petrella, Ricardo, *El manifiesto del agua, op. cit.*, pp. 30-32.

[65] Cf. *Ibíd.*, p. 33.

[66] Shiva, Vandana, *Las guerras del agua. Privatización, contaminación y lucro*, trad. de Susana Guardado, Siglo XXI Editores, México, 2003, p. 44.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 509



Este ambicioso proyecto exigiría, por un lado, mantener el control público de los recursos hídricos pero, por otro, dar cabida a la inversión privada y a la participación directa de las organizaciones sociales. Las opciones ya no pueden reducirse a un servicio público gestionado por las administraciones públicas, o a una actividad económica privatizada; tiene que considerarse una tercera posibilidad: la gestión comunal del agua, es decir, la autogestión[67]. El nuevo modelo supondría entonces, una gestión colectiva con carácter «público-social» que, desde luego, conlleve una actitud de auténtica corresponsabilidad entre los sectores público y privado, y las comunidades[68].

En esencia, los principios sobre los cuales debería fundarse el nuevo modelo de gestión del agua serían la equidad, la solidaridad, la subsidiariedad, la participación, la transparencia, y la conservación del ambiente y de los recursos. Porque en todo caso, «(e)l nivel de regulación, democracia participativa y transparencia que permita controlar esos procesos de liberalización en curso, son la clave para garantizar la preeminencia del interés general sobre el negocio en caso de privatización, y frente a la burocratización en caso de gestión pública»[69].

En principio, un modelo equitativo de gestión del agua supone una justa distribución que garantice el acceso básico a este recurso vital. Pero exige también la formulación de un sistema de tarifas escalonado que permita satisfacer las necesidades de la población y, a su vez, dé cuenta del valor de uso del agua, considerando las condiciones de vida y las posibilidades reales de los diversos sectores de la sociedad. Se trataría, entonces, de encontrar el equilibrio entre los precios del mercado y la regulación normativa del Estado.

Así, a partir de los principios de solidaridad y sostenibilidad, tendría que establecerse una lista de precios que atendiera a la naturaleza de la necesidad y al destino del agua; es decir, precios que efectivamente reflejen la mayor o menor conexión del consumo de agua con el acceso a este recurso como derecho humano. Deberían existir tarifas diferenciadas según se trate de consumo industrial, de riego para la agricultura intensiva, de uso recreativo o de uso doméstico.

Asimismo, el principio de solidaridad aplicado al aprovechamiento del agua supone que este recurso sea considerado como una herencia común de todos los ciudadanos presentes y futuros.

---

[67] Cf. GERMINAL, Ramón, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

[68] Aunque este tipo de modelo de gestión del agua plantea importantes retos, la experiencia del Servicio Municipal del Agua Potable y Alcantarillado (SEMAPA) en Cochabamba, Bolivia, resulta muy ilustrativa sobre las posibilidades de administrar de manera democrática y eficiente una empresa pública de servicios básicos. En este caso, la gestión de la empresa tiene un carácter «público-social» porque los ciudadanos están efectivamente representados en los órganos de la compañía y existen auténticos puentes de comunicación con las organizaciones sociales.

[69] ARROJO AGUDO, Pedro, «Un nuevo enfoque de racionalidad económica en la gestión de aguas», *op. cit.*, p. 156.

11487-510-Estado autonómico57 15/10/05 10:49 Página 510



Por otra parte, la subsidiariedad en el manejo de los recursos hídricos, implica la descentralización del sistema y la recuperación de cierta autonomía por parte de las autoridades y comunidades locales. En efecto, en la planificación y gestión del agua es importante la participación de todos los niveles del poder estatal, pero sobre todo, es fundamental la intervención oportuna de las autoridades locales. Esta mayor autonomía no debe entenderse sólo limitada a la gestión de los servicios de agua, sino que significa también la responsabilidad de obtener recursos económicos necesarios y administrarlos eficazmente[70]. Porque en última instancia, los efectos benéficos que pudiera tener la descentralización en la autogestión local, dependen de que las transferencias de competencias vayan acompañadas de una adecuada transferencia de recursos y no se utilicen sólo como parte de una estrategia más o menos encubierta de privatización[71].

Ahora bien, para fomentar la participación directa de la ciudadanía en el manejo de los recursos hídricos, es esencial promover la iniciativa popular habilitando las vías que permitan a los diversos grupos sociales y a las propias comunidades locales, decidir y plantear posibles soluciones a los problemas relativos a la gestión del agua; porque difícilmente, puede generarse confianza en un sistema que impone siempre las decisiones desde arriba. «(...) la sostenibilidad del agua sólo puede derivarse del control democrático de los recursos hídricos. El control comunitario evita el colapso ecológico y previene el conflicto social»[72].

En definitiva, como ha tratado de demostrarse en el presente trabajo, dejando al margen la consideración puramente «dogmática» del derecho humano al agua (su contenido, exigibilidad, límites, etc.), éste incluye una serie de dimensiones orgánicas o estructurales. Supone una serie de obligaciones para el Estado que no son estrictamente de prestación, sino de organización y protección, de «gestión» del agua. Pero incluye, sobre todo, un derecho democrático a la participación en esta gestión. Sólo combinando el lenguaje de los derechos en lo que se refiere al acceso al agua como satisfacción de una necesidad básica, con la intervención estatal en la regulación del agua tanto en su condición de bien público, como en su calidad de insumo productivo del mercado, y con la participación democrática de las comunidades en todas las decisiones, podrá hacerse frente a un problema que presenta ya hoy rasgos extraordinariamente amenazadores.

---

[70] Cf. Llamas Madruga, Manuel Ramón, *op. cit.*, pp. 35-39.

[71] Cf. Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 37.

[72] Shiva, Vandana, *Las guerras del agua, op. cit.*, p. 134. Un ejemplo de participación comunitaria en los recursos hídricos son las «Mesas Técnicas del Agua» existentes en Venezuela, en el marco de la democracia participativa y protagónica que promueve la Constitución Bolivariana de 1999. En ellas, la población organizada discute con la empresa prestadora del servicio (en la actualidad nacional, pero en un futuro, municipal) las condiciones del acceso al agua. Su ámbito geográfico de actuación es el barrio y, en la actualidad, hay ya más de mil de estas

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 511

# DERECHOS SOCIALES Y ESTADO AUTONÓMICO: EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

**Ainhoa Lasa López**
*Becaria predoctoral del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.*

## I. INTRODUCCIÓN

Cualquier aproximación a los derechos sociales con un cierto rigor metodológico no puede prescindir de un doble condicionamiento que permeabiliza a esta categoría normativa. En primer lugar, el avance imparable del proceso de integración que encuentra en la Consitución Europea, la última y más importante de sus conquistas normativas.

Los derechos sociales actúan en el Estado social a un doble nivel. Por un lado, suponen el reconocimiento de un nuevo sujeto político, el trabajo como arquetipo de esta categoría. Por otro lado, como dimensión de la tutela económica del mismo, articulados en torno al vínculo social que legitima a proceder a un «gobierno político del mercado»[1]. Los términos del discurso son sustancialmente distintos en el contexto comunitario. La configuración de la Comunidad como mecanismo de contención del vínculo social, expulsa a la dimensión social europea al espacio de las políticas, que expresa su subordinación a la centralidad del mercado[2]. Su definición como derechos legales, y por lo tanto carentes de los parámetros garantistas propios del constitucionalismos social, recupera el criterio interpretativo presente en la época de WEIMAR, cuyo máximo exponente fue Carl SCHMITT[3].

En este contexto, la convivencia entre la Constitución económica comunitaria como Constitución material del ordenamiento europeo, caracterizada por el primado de la economía al que se somete el vínculo social; y las Constituciones ecónomicas del Estado social, como Constituciones materiales de los Estados miembros, fue posible por la escasa repercusión de las competencias de la Comunidad en la construcción del mercado común.

La aceleración del proceso de desarrollo del proyecto europeo a finales de la década de los ochenta que culmina con la firma del Tratado de la Unión, su-

---

[1] CÁNTARO, A. «El declive de la Constitución Económica del Estado Social» en el Constitucionalismo en la crisis del Estado social. VVAA. UPV. Bilbao. 1997, pp. 153-154 y 162-174.

[2] MAESTRO BUELGA, G. «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales» en Revista Vasca de Administración Pública, n. 64, Septiembre-diciembre, 2002, pp. 196-201.

[3] Citado por ABENDROTH, W. «El Estado del derecho democrático y social como proyecto político, en el Estado Social, AAVV, CEC, Madrid, 1986, p. 29.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 512



pone el fin de la relativa independencia entre los espacios económico y social. En esta dinámica, lo determinante es la afectación por el derecho comunitario al margen de maniobra disponible por los Estados miembros en materia presupuestaria. Como efecto, la armonización de las nuevas Constituciones materiales de los Estados miembros con la Constitución material comunitaria.

La funcionalidad se hace evidente a través de la sustitución del gran objetivo macroeconómico de las políticas de bienestar del Estado social, el pleno empleo, por el control inflaccionista, tema no casualmente estrella del Tratado de la Unión, a través de las condiciones de convergencia macroeconómica en inflación; y como elemento vertebrador, una política monetaria restrictiva que evita las devaluacione competitivas, se convierten en los principales ejes del discurso político y económico en el ámbito comunitario[4]. Aspectos, cuyo ámbito de actuación preferente es el gasto social, con los consiguientes efectos perturbadores para el sistema de protección social.

En segundo lugar, y desde un enfoque interno, en el Estado social, los derechos sociales y los sistemas de protección social, se integran en el funcionamiento del sistema económico, participando de la unidad de sus componentes. Esta característica actúa en los Estados de estructura compuesta como condicionante de la organización territoria del Estado en la regulación de los regímenes de protección social. Desde una perspectica distinta, aquellas técnicas de protección desconectadas del mercado, admiten una actuación normativa diferenciada y constituyen el ámbito preferente de actuación de los gobiernos intermedios[5].

Paralelamente, los derechos fundamentales constitucionales, también participan de esta orientación unitaria que conecta con el principio de igualdad, desarrollo del Estado social, y contemplado en distintas disposiciones de la Constitución, como son los artículos 9.2 CE, 81 CE, 138.1 y 2 CE, 139.1 CE y 149.1.1 CE. Disposiciones, que van a estar muy presentes en el discurso de la viabilidad de las iniciativas de las Comunidades Autónomas en materia de derechos sociales, actuando como mecanismos de contención, que preservan y tutelan los principios de igualdad de los ciudadanos y de solidaridad entre ellos.

En las páginas que siguen, se analizarán los desafíos que tanto la integración europea, como, y muy especialmente, la estatutización de los derechos sociales, plantean a la ya de por sí compleja categoría.

## II. BREVES NOTAS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

Existe acuerdo doctrinal en considerar a los derechos sociales como una categoría normativa característica del modelo jurídico político Estado social[6].

---

[4] Garmendía Ibáñez, J. «El Euro, Europa y los europeos», Ed. Erein, Donostia, 2002, pp.85-99.

[5] García Herrera, M.A y Maestro Buelga, G. «Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas», Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, pp.65-68.

[6] Luciani. M. «Sui diritti sociali» en Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso, Vol. II. Cedam, Roma, 1995, p.114. Carlassarre, L. «Forma di stato e diritti fondamentali»,en Quaderni Costituzionali, XV, n.1,

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 513



Son consustanciales o propios del constitucionalismo social, en la medida en que expresan las bases materiales del nuevo orden social que esta forma de Estado interioriza en una redefinición de la relación entre el poder político y el poder económico. La publificación del conflicto distributivo, su traslado a la órbita política, determina la nueva relación que convierte al Estado en el nuevo receptor de las demandas, unas del capital, otras del trabajo, que dejan de circunscribirse a las solas manos invisibles del mercado conforme a una lógica smithniana. Sin embargo, este «visible apretón de manos»[7] entre los protagonistas del conflicto, que obedece a lógicas distintas, confiere al pacto una peculiar naturaleza connotativa de su labilidad[8], que se refleja a su vez, en la compleja naturaleza de los derechos sociales, expresada en las dimensiones conflictual y garantista respectivamente.

Este carácter dual de los derechos sociales, expresa el compromiso del Estado social para con cada uno de los elementos de la relación dialéctica acumulación-legitimación. Desde esta perspectiva, se ha puesto de relieve el carácter funcional de los derechos sociales al régimen de acumulación, en términos de productividad y crecimiento económico, así como a la legitimación del sistema, en términos de adhesión social y estabilidad política, sobre él se teoriza la flexibilidad del constitucionalismo social[9].

Bajo estas coordenada, los derechos sociales acusarían en su estructura una cierta dependencia de condicionantes económicos y político sociales[10], determinantes del carácter dinámico de sus contenidos, expresados en el ámbito infraconstitucional y que teorizan el momento conflictual de los derechos. No obstante, esta falta de un contenido predeterminado que legitima la intervención legal no puede conllevar, su expulsión del ámbito constitucional, frente al carácter normativo de la Constitución que se proyecta a todos y cada uno de sus enuciados; superando así el debate del constitucionalismo de entreguerras. La normatividad constitucional conecta directamente con la naturaleza pacticia o compromisoria de la Constitución como marco jurídico de intregración del conflicto que opera en el Estado social[11]. Esta define el momento garantista de los derechos sociales. Su garantía y protección es la propia de los derechos constitucionales y como tales, tienen carácter de normas jurídicas vinculantes para la totalidad de los poderes públicos. Por lo tanto, existen como derechos independientemente de su desarrollo en una ley, de manera que no estamos en presencia de enunciados programáticos

---

abril, 1995, p. 35. Barcellona, P. «Crisi dello Stato sociale e strategia dei diritti. Un ipotesi critica» en Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni. Vol. III., Giuffré. Milán, 1995, p.1701.

[7] PREUSS, UK. «La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social», en El constitucionalismo en la crisis del Estado Social, AAVV. UPV. Bilbao, 1997, p. 76

[8] DE CABO MARTÍN, C. «La crisis del Estado Social», PPU. Barcelona. 1986, p. 38.

[9] DE CABO MARTÍN, C. «La crisis del Estado Social», op.cit, pp.34-36

[10] CASCAJO CASTRO, J.L. «La tutela constitucional de los derechos sociales», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 30.

[11] RIDOLA, P. «I diritti costituzionali». Vol.I. Giappichelli. Torino. 2001, pp. 25-35. Dogliani, M. «Introduzione al Diritto Costituzionale». Il Mulino. Bolonia. 1994, p. 315.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 514



o conceptos en blanco carentes de todo contenido normativo[12]. Antes bien, los derechos sociales expresan el vínculo social que define el aspecto de garantía[13] vinculado a la forma de Estado propia del constitucionalismo social, e impide su subordinación al mercado. Es decir, a pesar de su dependencia de los recursos disponibles, es su carácter constitucional, lo que impide el desconocimiento del derecho. Esta característica es predicable de todas y cada una de las tipologías que integran la categoría de los derechos sociales (derechos de prestaciones, derechos a percibir parte de un bien social, derechos de participación)[14].

Un ejemplo significativo lo constituyen los principios rectores de la política social y económica cuyo régimen de protección lo determina el apartado tercero del artículo 53 de la Constitución. Si bien es cierto que estos derechos constitucionales integran el nivel mínimo de tutela constitucional, o gozan de una garantía menor que el resto de los derechos sociales constitucionales previstos en el Título I de la Constitución en la medida en que su eficacia queda diferida a lo que dispongan las leyes que los desarrollen, es necesario tener en cuenta «que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación, y de no inmediato cumplimiento, hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, están sujetos a ella» (STC 16/1982, fj1).

En este sentido, el margen de disponibilidad del legislador, teniendo en cuenta que los principios rectores enuncian proposiciones vinculantes dada su naturaleza constitucional, ha de relativizarse. En una orientación positiva, la libertad del legislador no puede sustraerse al carácter normativo del derecho prestacional; «es inadmisible la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos»[15]. Como aspecto impeditivo, «la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera»[16], por la vía del recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.1 CE).

Por último, se ha señalado la función hermeneútica que desempeñan los principios rectores por su directa conexión con el principio de Estado social, de modo que el artículo 53.3, «impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/82, fj 6).

---

[12] BALDASSARRE. A. «Diritti della persona e valori costituzionali». Giappichelli. Torino. 1997, pp. 131-32, 210-213.

[13] LOMBARDI, G. «Diritti di libertá e diritti sociali» en Politica del diritto. XXX, n. 1, marzo, 1999, p.13

[14] LUCIANI, M. «Sui diritttti sociali», *op.cit*. pp. 120-121.

[15] BÖCKENFORDE, EW. «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales» en Escritos sobre derechos fundamentales, Nomos Verlagssesellschaft, 1993, p.81

[16] BÖCKENFORDE, EW. «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», op. cit. p.81.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 515



## III. DERECHOS SOCIALES Y ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: ENTRE DIMENSIÓN SOCIAL Y VÍNCULO ECONÓMICO

Las dificultades de emplear la terminología derechos sociales en un ordenamiento jurídico que como el europeo prevalece una lectura reduccionista, presidida por el planteamiento económico como el único determinante en su caracterización[17], evidencia la ruptura del momento garantista dotado de aquella capacidad de integración propia del constitucionalismo social.

La dimensión social europea actúa por tanto en el ámbito de las políticas y no en el de los derechos. Ni siquiera es rastreable en el ordenamiento jurídico comunitario aquella función interpretativa que desempeñan los derechos sociales. Su funcionalidad al imperativo del mercado, atempera la indirecta eficacia jurídica que pudieran tener los objetivos sociales[18].

La contraposición entre derechos sociales y ordenamiento comunitario es evidente. La centralidad asumida por la racionalidad del cálculo económico en la Constitución económica comunitaria es ilustrativa del cambio. Los derechos sociales como parámetro legitimador de la intervención del Estado en la economía desaparecen en el espacio europeo. Las características de economía abierta y en libre competencia disponen al ordenamiento jurídico comunitario como el ámbito de la acumulación, en una orientación en la que la tensión dialéctica determinante del surgimiento del Estado social desaparece.

La tardía aparición de la dimensión social del espacio comunitario se inscribe en un horizonte del todo extraño a aquel de la consolidación de los derechos sociales a nivel estatal[19]. La consecución del bienestar social europeo por y desde el funcionamiento del mercado común, define su status de subalternidad, que determina una ruptura de los parámetros garantistas y tutelables propios de los derechos sociales positivizados en los enunciados constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

A pesar de la contradicción, la convivencia entre ambos espacios, el europeo, protagonizado por la hegemonía del mercado y el social, reservado a los Estados miembros, fue factible al menos hasta finales de la década de los 80, cuando los dictados de la nueva coyuntura económica internacional aceleraron el proceso de integración.

La crisis económica de los 70 había puesto en evidencia la eficacia de las políticas fiscales keynesianas. Estas, ya no eran tan virtuosas y empezaban a causar efectos pertubadores para el funcionamiento del sistema económico. En este contexto, la fobia antiinflacionista comienza a instalarse en el discurso de los dirigentes políticos europeos, que muestran una mayor predisposición al

---

[17] CARTABIA. M. «Principi inviolabili e integrazione europea». Giuffré. Milán. 1995, p. 55.

[18] MAESTRO BUELGA, G. «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea» en Revista de Derecho Comunitario Europeo», n. 7, 2002, p.143.

[19] GIUBBONI. S. «I diritti fondamentali nell´ordinamento comunitario, una rilettura alla luce della Carta di Niza» en Il diritto della Unione Europea, n. 2-3, Giuffré. Milán, p. 334.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 516



empleo de terapias deflaccionarias y de enfriamiento económico, en detrimento de las tradicionales formas de intervención estatal en los ámbitos económico y social; así como la coordinación de la política monetaria. Aspectos ambos fundamentales, para poder competir en un contexto de globalización emergente, cuyos postulados, se ven favorecidos con la redacción del Acta Única, mediante el establecimiento de un mercado único sin fronteras interiores; y consolidados plenamente con el Tratado de Maatricht a través de la estabilidad económica y monetaria. No en vano, resulta ya comúnmente admitido, vincular el proceso de integración al contexto globalizador[20].

Con el Tratado de la Unión la compatibilidad entre el proyecto europeo y aquel del constitucionalismo social, factible mediante una operación que modulaba la tensión a través de la separación de espacios, resulta insostenible. La prioridad a la libre circulación de capitales y la estabilidad de los tipos de cambio, requerían una política monetaria coordinada, y por lo tanto, una pérdida significativa de soberanía de los Estados miembros, y su cesión al espacio europeo, en una materia además tan sensible como la monetaria. Al mismo tiempo, las condiciones de convergencia nominal exigían un esfuerzo deflacionista considerable. Su posterior consolidación con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, aprobado por el Consejo de Dublín en diciembre de 1996, posibilitan «una comunitarización de funciones nacionales»[21].

La singularidad de este proceso estriba en que los límites establecidos para el déficit y la deuda pública, moderan la capacidad de los Estados para perseguir políticas fiscales expansivas, y por lo tanto, reducen el margen de maniobra disponible en política económica «juridificando un principio de austeridad permanente del Estado social»[22].

Aunque el espacio de definición del conflicto continúa siendo el ámbito estatal, la previsión en el ámbito de la acumulación, que define al espacio comunitario como ámbito de liberación de las sujecciones impuestas por el Estado social al mercado, de normas disciplinantes de la política presupuestaria de los Estados miembros, permeabiliza la dinámica relacional capital-trabajo, condicionando y determinando de facto las políticas sociales nacionales[23]. Es la promoción de la integración negativa que constriñe la preminencia de las políticas estatales en materia social, en nombre de las exigencias de la integración del mercado y la libre competencia[24].

---

[20] Maestro Buelga, G. «Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea», p. 26. Texto de próxima publicación en el homenaje al profesor Gumersindo Trujillo.

[21] Cassese, S. «La Costituzione Europea», en Quaderni Costituzionali, 3/1991, p. 489.

[22] Pierson. P. y LeifreD. S. «Semisovereign Welfare States: Social Policy in a Multitiered Europe», en European Social Policy between fragmentation and intedration, Washington, 1995.

[23] Poiares Maduro, M. «We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitucion. A critical reading of article 30 of the EC Treaty». Hart. Oxford-Portland Oregon, 1999, p. 64.

[24] Däubler. W. «Verso un diritto del lavoro europeo?, en Scritti in onore di Giuseppe Federico Manzini. Vol. I. Giuffré. Milán, pp. 116-17

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 517



Estos obstáculos a la lógica social, no logran ser superados ni por el Tratado de Amsterdam, ni por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Los valores de competición introducidos por el Tratado de Maastricht, acompañan el discurso de revisión del déficit del espacio social europeo en Amsterdam y Niza donde se consolidan. La referencia a textos internacionales (artículo 136 TCE), como la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de naturaleza meramente promocional[25], o la Carta Social Europea, obligatoria para los Estados sólo parcialmente y no en su totalidad, además esa vinculatoriedad parcial es designada no por el texto sino por los Estados que la asumen[26]; y que en todo caso deberán mantener la competitividad de la economía de la Comunidad (artículo 136.2 TCE). El paradigma de la flexibilidad[27] como factor clave para alcanzar la eficiencia económica y poder ser competitivo, supone la progresiva interiorización de elementos distorsionadores de carácter privativo que acompañan a un proceso de desregulación laboral (artículo 125 TCE); y los objetivos de interés general (artículos 2, 30 y 39.3 TCE), entre los que tienen un peso determinante las políticas de preservación del mercado, como límites a los derechos fundamentales de la Unión (artículo 52 CDFUE)[28]; ilustran las incapacidades de ambos textos para actuar como límites al principio de mercado y resultan de esta manera insuficientes para equilibrar lo social con lo económico. La definición del modelo social europeo desde una economía de mercado altamente competitiva, reflejan su configuración como espacio subordinado y confinado a las declaraciones ético políticas.

De manera que sólo podemos hablar de derechos sociales en el espacio estatal donde encuentran su significación. En este ámbito, tal y como señalamos, los derechos sociales adolecen de una cierta dependencia de las disponibilidades presupuestarias. Si bien, la normatividad constitucional actúa de vínculo al legislador.

En esta dinámica, la influencia en los ordenamientos nacionales de la estabilidad de precios y el equilibrio financiero como paradigma de la Constitución económica comunitaria, introducen un elemento adicional de complejidad en la categoría de los derechos sociales. Si en el constitucionalismo social es la dimensión garantista de los derechos que deriva de la Constitución, lo que impide teorizar los recursos disponibles como principios absolutos; la interiorización de estos principios comunitarios en el ámbito de las relaciones de producción determina la inversión de la relación. La maximización de la competencia, vínculo constitucional comunitario, ac-

---

[25] MONEREO PÉREZ. J.L. «La Carta comunitaria de derechos sociales de los trabajadores (y II) Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea», en REDT, n. 56-57, 1993, pp.61-65.

[26] CORRIENTE CÓRDOBA, J.A. «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea» en Anuario de Derecho Europeo, n. 2, 2002, pp. 121-23.

[27] SCIARRA, S. «Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e ocupazione» en Scritti in onore di Gino Giugni. Vol. I. Bari. Cacucci, 1999, pp. 1151-1170.

[28] BALLESTERO, M. V. «La costituzionalizzazione dei diritti sociali» en Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali, (a cura di) Stefania Scarponi. Giuffré. Milán. 2001, p 99.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 518



túa en el ámbito de legitimación estatal, reforzando la centralidad del mercado, lo que debilita el sistema de garantías de estos derechos.

Desde expresiones como deslegitimación controlada o «innovación política limitada»[29] en el Estado social se registra un proceso de transformación de la Constitución económica del Estado social. Reflejan la armonización de las nuevas Constituciones materiales de los socios comunitarios con la Constitución material comunitaria como marco de resolución de la relación ordinamental. El sometimiento del vínculo social al principio mercado, caracteriza a la nueva constitución económica como constitución material que ilustra la ruptura de la forma de Estado social. No en vano se ha definido a la Constitución europea como *postfordista* o postkeynesiana. Desde esta perspectiva se señala «como la primacía del ordenamiento europeo no resulta discutida en cuanto exigencia funcional de las Constituciones de los Estados miembros»[30].

## IV. ESTADO SOCIAL Y FEDERALISMO

### IV.1. UNIDAD DE MERCADO, ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO Y REGULACIÓN DE LOS REGÍMENES DE PROTECCIÓN SOCIAL

La concepción federalista tradicional del constitucionalismo liberal introdujo un esquema de organización territorial del poder del caracterizada por la técnica de los *«checks and balances»*. Por un lado, la construcción de un mercado único como motor impulsor de su creación, incorporaba una orientación tendencialmente centrípeta que fortalecía a la Federación. Por otro lado, el carácter dual de este modelo federalista funcionaba al mismo tiempo como freno a una intervención del Gobierno federal en la economía. La superación de este Estado de mínimos con el advenimiento del Estado social que supone la quiebra del principio político de la escisión Estado-Sociedad y su correlativa abstención en la esfera de las relaciones económicas materializa una nueva relación.

La intervención del Estado en el proceso redistributivo, a través de los derechos prestacionales y aquellos relacionados con el reconocimiento del trabajo como nuevo sujeto político, junto con la paralela regulación pública del mercado laboral predeterminando normativamente la relación, participan de la unicidad del orden económico, integrándose en su funcionamiento como un todo, donde impera la homogeneización. «Puesto que la protección general y la regulación del mercado de trabajo establecían las condiciones generales de intercambio capital/trabajo»[31]. Este nuevo mar-

---

[29] Hemerijck, A. «Come cambia il modelo sociale europeo» en Stato e Mercato, n. 65, agosto, 2002, pp. 210-223.

[30] Maestro Buelga, G. «Constitución compuesta y relación ordinamental: a propósito del Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea», op. cit. p 28.

[31] García Herrera, M. G.y Maestro Buelga. G. «Marginalidad, Estado social y prestaciones autonómicas», *op.cit.* p. 67.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 519



co de relaciones, determina un reforzamiento del papel del Estado, que condiciona la organización del poder territorial en la regulación de los regímenes de protección social, adoptando la forma del federalismo cooperativo[32], basado en una colaboración tanto horizontal como vertical, fuertemente centralizada, entre los diferentes niveles de gobierno.

No obstante, estos fundamentos empiezan a experimentar un repliegue a finales de la década de los setenta, que coincide con la grave crisis económica surgida durante este período (caracterizada por los economistas con el término estanflación, como definidor del fénomeno, consiste en una combinación de estancamiento económico con elevadas tasas de inflación). La reacción al déficit de legitimación por el que atraviesa el Estado social[33], se articula en las propuestas neoliberales de descarga de funciones interventoras del Estado a los gobiernos intermedios. Sintetizadas en torno a una concepción del federalismo en clave competitiva o en expresión de los norteamericanos *«a race to the bottom»*[34], que recupera el discurso de la valencia dual del principio federal, adaptándolo a los nuevos postulados emergentes de la economía mundial o globalizadora.

Frente a la gestión uniforme de las políticas de redistribución y de protección social en el modelo cooperativo; en el federalismo competitivo, descentralización y competencia convergen en una relación en la que los sistemas de justicia social se subordinan a las fuerzas del mercado[35]. La introducción de espacios de competición en el ámbito de las políticas de intervención pública, entre los propios entes subestatales, con el objetivo de captar capitales y optimizar el tejido económico local, a través del debilitamiento de los *standars* de protección social[36], ilustra la contraposición entre Estado social y federalismo competitivo. En definitiva un *good bye* a los valores comunes de solidaridad y de tutela y preservación de los derechos sociales[37].

## V. EL ESTATUTO COMO MARCO DE GARANTÍA NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La oleada de propuestas de reformas estatutarias (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Aragón y Baleares) que está experimentando en este último

[32] PIERINI, A. «Il federalismo competititivo: un approccio neoliberalista all'analisi dei processi di federalizzazione» en Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n. 4, 1999, pp.1412-1417.

[33] PORRAS NADALES, A.J. «El desarrollo del Estado social intervencionista en la Comunidad Autónoma de Andalucía» en Estudios sobre el Estado Social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía. Tecnos. Parlamento de Andalucía. Madrid, 1993, pp. 110-116.

[34] SÁENZ ROYO, E. «Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España». Thomson-Civitas. Madrid. 20003, p. 338.

[35] STREECK, W. «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione a la solidarietá competitiva», en *Stato e Mercato,* n. 58. Abril, 2000, p. 7

[36] PERULLI, A. «La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione» en Globalizzazione e Diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali, (a cura di ) Stefania Scarponi. Giuffré. Milán, p. 104

[37] AZZARITI, G. «Quali riforme della Costituzione? Considerazione inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale» en Política del Diritto, n. 1. Marzo, 1998, p. 83.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 520



año nuestro país, proporciona sin duda importantes elementos para el debate. Sin embargo, al hilo de la presente reflexión, lo más destacable de estas propuestas autonómicas es la previsión en algunas de ellas (fundamentalmente Cataluña y Andalucía) de un catálogo de derechos sociales, que tienen como denominador común, un replanteamiento del papel del Estatuto, consistente en el establecimiento en aquél de una parte dogmática donde estén previstos una serie de derechos de contenido prestacional.

Tomando como referencia este marco opcional, se trataría de analizar la virtualidad del mecanismo estatutario como instrumento de garantía de los derechos sociales.

### V.1. EL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LA CLÁUSULA ESTADO SOCIAL

La Constitución Española de 1978, positiviza en el artículo primero la forma de Estado social, cuyo cumplimiento encomienda a los poderes públicos (artículo 9.2 y las disposiciones del Capítulo III). Por lo tanto, la realización del principio Estado social (de la igualdad sustancial, de la solidaridad), no es privativa del Estado, sino que de ella participan también como poderes públicos los Parlamentos de las distintas Comunidades Autónomas. Régimen participativo que se modula en el Título VIII. No obstante, la «orientación unitaria» que como veremos acompaña al Estado social, está presente en el enunciado constitucional, donde de una lectura más atenta, se infiere que las garantías para el cumplimiento de tales metas, fundamentalmente las que guardan relación con el funcionamiento del mercado, determinan un reforzamiento del poder estatal. Así, para la realización efectiva del principio de solidaridad, estarían habilitados tanto el poder central (artículo 138.1 CE), como aquellos descentralizados conforme al artículo 156.1 CE, pero no para su garantía que la Constitución atribuye de forma expresa al Estado[38].

En cualquier caso, las Comunidades Autónomas son protagonistas en la escena de representación de la dimensión social del Estado, con competencia en aquellas disposiciones que interiorizan contenidos reconducibles a la protección social vinculada con técnicas de cobertura no relacionadas directamente con el mercado, de acuerdo con el esquema de reparto competencial, antes descrito, que determina la conexión intrínseca entre unidad de mercado y formas estatistas de los sistemas de protección necesarios para su mantenimiento; y entre las que se encuentran muy especialmente, la Asistencia social (artículo 148.1.20 Ce).

### V.2. NORMAS ESTATUTARIAS SOBRE DERECHOS SOCIALES: NATURALEZA Y ALCANCE

Los Estatutos de autonomía, no se han limitado a establecer la organización de su entramado institucional, o a hacerse cargo de las competencias dis-

[38] PÉREZ AYALA. A. «La Seguridad Social en la Constitución» en los Principios rectores de la política social y económica. AAVV. Biblioteca Nueva. Madrid. 2004, pp. 120-125.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 521



ponibles en el artículo 148.1 de la Constitución. También han incluido normas sobre derechos sociales, donde se fijan los objetivos de la política socioeconómica a perseguir por las respectivas Comunidades Autónomas.

Para poder determinar la naturaleza de este tipo de normas, sería conveniente recuperar lo que ya apuntamos a propósito de la naturaleza de los derechos sociales. Como vimos, la normatividad constitucional dotaba de fuerza vinculante a estos derechos, superando así su configuración como meros enunciados programáticos carentes de virtualidad normativa. Por lo tanto, su naturaleza es la propia de los derechos constitucionales. El carácter de derechos se deriva de la propia Constitución y no de su desarrollo en una ley, como señalaban aquellas teorías que calificaban a los derechos sociales como derechos legales. Lo que permite afirmar que la discrecionalidad del legislador se relativiza ante la exigencia constitucional de la afirmación del derecho. Cuestión distinta es que por sus características dispongan de una garantía menos plena (determinada por la reserva de lo posible) que los demás derechos que contempla el Título I del enunciado constitucional. No obstante, esta menor tutela constitucional, de ninguna manera implica un desconocimiento del derecho por parte de los poderes públicos, al que en todo caso están obligados (artículo 53.1 CE).

Estas características, son extrapolables al ámbito autonómico, cuando las Comunidades Autónomas dentro del marco competencial diseñado por la Constitución actúan en materias que tienen encaje en estos principios rectores. Por lo tanto, los interrogantes acerca de su valor normativo, entendemos que se resuelven señalando que vinculan al legislador autonómico del mismo modo que lo hacen al legislador estatal. Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional cuando señala que «es evidente que entre estos poderes públicos se encuentran las Comunidades Autónomas y que la legislación positiva» que cita el apartado tercero del artículo 53, «comprende tanto la legislación estatal como la emanada de los órganos legislativos de aquéllos» (STC 64/82, fj 2º).

Su legitimidad constitucional consideramos que queda fuera de toda duda, pues «la Constitución encarga ese cometido intervencionista», la definición de la estatalidad social, «a la organización total del Estado y no exclusivamente al conjunto institucional del Estado central»[39].

Por lo tanto, los Estatutos pueden establecer disposiciones normativas, que concreten aquellos objetivos que constituyen los presupuestos característicos del Estado social, adaptándolos a las propias necesidades de la respectiva Comunidad Autónoma, vinculantes para los poderes públicos autonómicos en el ejercicio de las competencias que la Constitución les reconoce.

Además, desde los sectores doctrinales donde se niega la eficacia de estas normas, se incurre en contradicción cuando se señala que «sino fuer-

[39] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. «El Estado social como Estado autonómico» en Teoría y Realidad Constitucional, n. 3, primer semestre, 1999, UNED, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 64-65.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 522



za vinculante para el legislador, ha de reconocérseles su valor para la fijación de algunos objetivos al mismo, que ya desde el propio texto del Estatuto, quedan declarados de interés constitucional»[40]. Ahora bien, sino vinculan, en base a qué ha de reconocérseles algún tipo de valor o cuál es la cobertura que legitima su interés constitucional.

La tesis que se defiende es que esta emana precisamente del propio enunciado constitucional. De lo contrario, pudiera parecer que estamos en presencia de dos tipos diferentes de normas sobre derechos sociales en función de su encaje constitucional y/o estatutario. De manera que las reconocidas en la Constitución y las previstas en los Estatutos ostentarían un valor normativo distinto. En el primer supuesto, estaríamos en presencia de derechos sociales constitucionales, en el segundo de derechos sociales legales, y por lo tanto carecerían de vinculación normativa.

Sin embargo, si como hemos mantenido desde el principio, la Constitución como norma, determina el carácter vinculante de todos sus contenidos, entre los que se encuentran los principios rectores, para todos los poderes públicos, como son los Parlamentos autonómicos como ha confirmado el Tribunal Constitucional; además de la conexión del Estatuto con el bloque de constitucionalidad, que le dota de un status especial en el sistema de fuentes del derecho constitucional, la distinción carece de sentido. La trasposición de estas disposiciones, relacionadas con las materias competenciales que la Constitución les reconoce, a los Estatutos, supone que la eficacia jurídico-constitucional de los enunciados también se proyecta en el ámbito subestatal.

Establecidas estas consideraciones y teniendo en cuenta que la vinculación al legislador (autonómico y estatal) en esta tipología de derechos sociales, a saber, los principios rectores, es menor que la registrada en relación a otros derechos sociales en atención al régimen modulativo de protección previsto en el artículo 53, es posible extraer algunas conclusiones acerca de los requisitos necesarios para que la recepción estatutaria de los derechos sociales sea factible y proporcione algún elemento de novedad respecto al sistema de garantías del apartado tercero del artículo 53.

## V.3. CIUDADANÍA SOCIAL Y AUTONOMÍA POLÍTICA EN LA RECEPCIÓN ESTATUTARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

### V.3.1. Derechos sociales y reparto competencial

Constituye el primero de los requisitos, aunque más que como condición se formula como límite, y consiste en el reparto competencial, de modo que los derechos que se incluyan en el Estatuto, en ningún caso podrán recaer en materias que sean de competencia exclusiva estatal.

---

[40] Muñoz Machado, S. «Derecho público de las Comunidades Autónomas». Vol. I. Civitas. Madrid, 1982, pp. 305-306.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 523



Conviene recordar que en el Estado social los derechos sociales y los sistemas de protección social se integran en el funcionamiento del sistema económico, participando de la necesaria homogeneidad que determina la existencia de un mercado único, reforzando la centralidad estatista en estas materias.

Por eso, la materia de Seguridad Social, caracterizada por la lógica del seguro y el principio contributivo, que reflejan claramente su conexión con el mercado, es exclusiva del Estado, más concretamente sobre «legislación básica y régimen económico», sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA (art. 149.1.17 CE).

Por legislación básica se entiende, «los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros», así como «el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, cuando aún definiéndose estas como exclusivas la Constitución y el Estatuto los dejan así limitados» (STC 25/1983, fj 4º).

De este modo, la finalidad de la Constitución al conferir la competencia exclusiva al poder estatal para fijar las bases en esta materia, es la de garantizar el mantenimiento de un «mínimo común denominador» en todo el territorio, a partir del cual cada Comunidad autónoma podrá desarrollar sus competencias de desarrollo de la legislación básica estatal y la ejecución de los servicios de Seguridad Social.

Sin embargo, en materia de régimen económico «competencialmente distinta» (STC 195/196), se manifiesta un «plus» que comprende la totalidad de las competencias normativas en la materia y por lo tanto, también las de ejecución. La razón de ser, es que lo que se persigue no es sólo la unidad de su regulación jurídica, sino la unidad del sistema de la Seguridad Social (STC 124/1989), un sistema único y unitario para todos los ciudadanos (art. 41CE) que garantice la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (artículo 149.1.1CE).

El sistema de protección de la Seguridad Social se completa en un segundo nivel de protección con la asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social, integrada por las prestaciones no contributivas, que ha beneficiado un paulatino apoderamiento por parte del Estado de espacios materiales tradicionalmente adscritos a las coordenadas de la Asistencia Social. Este segundo nivel expresa «la tendencia al desarrollo de Regímenes de Seguridad Social universalista cuyos destinatarios se identifican con la totalidad de la población activa y residente»[41] vinculado al status de ciudadanía social. También para este supuesto se reclama una normación unitaria, aunque sea mínima.

---

[41] GHERA, citado por RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. «Seguridad social y Asistencia social en el Estado de las Autonomías» en Relaciones Laborales, La Ley. Vol. I. 2003, p. 109.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 524



Por lo tanto, aquella protección asistencial «externa» al sistema de Seguridad Social, será objeto de titularidad autonómica. Este tercer nivel, alejado de la directa conexión prestaciones-contribuciones, y de este modo del mercado, en la medida en que conecta con un fenómeno social emergente, la exclusión social, admite una normación asimétrica, aunque con matices, como veremos. En este sentido, las prestaciones que puedan otorgar las CCAA en esta materia, «no exigen ser caracterizadas por su integración en un sistema unitario y permanente, ni en el tiempo ni en el espacio, pues la exclusividad de esta competencia, permite a aquéllas optar por configuraciones diferentes en sus territorios respectivos» (STC 239/2002, F.J. 8 b).

Los rasgos característicos de la Asistencial social externa son: carácter complementario con respecto a la Seguridad Social, discrecionalidad en su configuración, vinculación a situaciones de necesidad y actuación a través de técnicas diferentes a las propias de la Seguridad Social. Se estructura en dos bloques: los servicios sociales que pueden ser especiales y/o generales, en función de su vinculación (especiales: inmigrantes, tercera edad, población reclusa) o no vinculación (generales: albergues, casas de acogida, el fomento de actividades de iniciativa social.) a las necesidades específicas de determinados segmentos de la población[42]. El segundo de los bloques lo constituyen las prestaciones económicas no periódica o ayudas de emergencia social, destinadas a atender de manera inmediata necesidades básicas de personas sin recursos, y las prestaciones económicas periódicas, donde se encuentran los denominados Ingresos Mínimos de Inserción, que tratan de proporcionar un nivel mínimo de ingresos económicos para todas aquellas personas que carecen de recursos. El otorgamiento de la prestación se subordina al cumplimiento de una serie de requisitos, tales como la acreditación de la insuficiencia de recursos, la edad, la residencia durante un tiempo preciso en el lugar de la solicitud, el compromiso del receptor de llevar a cabo actuaciones tendentes a su inserción socio laboral y las consignaciones presupuestarias disponibles[43].

### V.3.2. Unidad y diversidad en el Estado de las Autonomías

Analizado el límite del reparto competencial, el segundo de los requisitos consiste en que los derechos que se reciban en el Estatuto han de configurarse como disposiciones que acentúen el grado de vinculatoriedad al legislador autonómico, bien siendo formulados como derechos subjeti-

---

[42] Permán Gavín, J.Mª. «El marco jurídico de la Asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa» en Revista Aragonesa de Administración Pública, n. 23, diciembre, 2003, pp 66-70

[43] Permán Gavín, J.Mª. «El marco jurídico de la Asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa», *op, cit*, pp. 70-75.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 525



vos, bien a través de la preservación de un contenido esencial que establezca una mayor sujección al legislativo autonómico.

Ahora bien, como se sabe, la configuración de los derechos fundamentales y las libertades públicas, es objeto de reserva de ley estatal, ya sea esta orgánica (artículo 81 CE) atribuible a los derechos regulados en los artículos 14 a 29 de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; u ordinaria (artículos 30 al 38 CE).

La razón de ser de esta reserva es su caracterización como mecanismo de preservación de la unidad del status de la ciudadanía, sin otro límite que aquel que impida disfrazar subrepticiamente en nombre de la diferenciación un apoderamiento falaz del dogma del privilegio. «Los derechos fundamentales, por cuanto fundan un *status* jurídico constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas son un elemento unificador» (STC 25/1981, fj 5º).

Sin embargo, esta consideración requiere de una ulterior precisión: por un lado, el artículo 81.1 CE, no atribuye título competencial alguno, por lo que habrá de estarse a lo previsto en el Título VIII, en concreto a la regulación de competencias establecidas en los artículos 148 y 149 CE. Además, pudiera parecer a tenor de la premisa de partida, que la diversidad si sería admisible respecto de aquellos derechos que no gozan del aditamento de fundamentales, y más aún, que esta cualidad únicamente sería predicable de los derechos previstos en las Secciones primera y segunda del Capítulo II, Título I pero no de las Disposiciones del Capítulo III.

A pesar de que en la doctrina se suele mantener lo contrario[44], consideramos que fundamentales lo son los derechos comprendidos en ambos Capítulos[45], cualidad inherente a la normatividad constitucional que se hace extensible a los contenidos que determinan la adopción de la forma de Estado social. Además el Tribunal Constitucional señala en su sentencia 53/85, de 11 de Abril, que los derechos fundamentales no se agotan en abstenciones estatales, sino que imponen actuaciones positivas de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano». Orientación jurisprudencial que converge con el entendimiento de la Constitución como norma jurídica, fruto de la interiorización en sus contenidos de los presupuestos del constitucionalismo social, que generaron una depuración conceptual y garantista, donde el fundamento de un modelo limitativo del poder que acompañaba a los derechos de libertad en su formulación inicial, se completa con aquella visión

[44] APARICIO PÉREZ, M.A. «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Cámara Villar, G y Cano Bueso, J. Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía,op.cit. p. 57.

[45] *Vid* en este sentido Solozábal Echavarría, JJ. «El Estado social como Estado autonómico» op.cit. pp 71-72.

11511-530-Estado autonomico58 15/10/05 10:52 Página 526



que postula la existencia de condiciones fácticas para que tal libertad pueda efectivamente serlo[46].

Frente a una lectura reduccionista focalizada en el aspecto subjetivo o formal de las categorías de libertad de igualdad, la asunción de un aspecto objetivo conformado en términos de libertad positiva como fundamento unificante de todos los derechos fundamentales[47].

En esta dinámica, también los principios rectores como derechos fundamentales constitucionales, se integrarían en ese status jurídico constitucional unitario, de modo que requieren igualmente de un «mínimo común denominador», cuya garantía, el texto constitucional, encomienda en exclusiva al Estado en virtud del artículo 149.1.1CE. En concreto, «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», que dispone un mandato de fijación de posiciones básicas, traducido en un deber de intervención positiva para el legislador estatal. Por lo tanto, en un Estado de estructura descentralizada, la diversidad se da dentro de la unidad, de manera que «no puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las diversas partes del territorio nacional».

En este sentido, las Comunidades Autónomas conforme al artículo 148.1.20 CE, tienen competencia exclusiva en materia de asistencia social externa, tal y como señalamos en su momento. Paralelamente, el Estado tiene competencia exclusiva en la asistencia social interna al sistema de Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 149.1.17 CE en conexión con el artículo 41 CE.

La progresiva ampliación de ambas técnicas de protección social en los últimos años, (como consecuencia de la inversión de las relaciones Economía-Estado, caracterizada por el primado del primero de los elementos al que el segundo se subordina y materializados en un proceso dual de privatización y asistencialización de las prestaciones[48] que ha conferido a la Asistencia social un protagonismo del que hasta ese momento carecía) ha conllevado una dilución de los contornos y por lo tanto la dificultad de precisar los límites entre una y otra técnica, generando una suerte de «concurrencia competitiva»[49] entre el Estado y las CCAA, que convirtie a este sector en caldo de cultivo del expediente conflictual.

---

[46] BALDASSARRE, A. «Diritti della persona e valori costituzionali», *op.cit.* p. 141.

[47] HESSE, K. «Significado de los derechos fundamentales» en Manual de Derecho Constitucional», VVAA. IVAP–Marcial Pons. Madrid, 1996, pp. 94-95.

[48] FERRARA, M. «Verso una cittadinanza sociale aperta. I nuovi confini del welfare nell'Unione europea» en Rivista italiana di Scienza Politica, n.1, abril, 2004, p. 121.

[49] RUIZ-RICO RUIZ, G. «El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático sociales de los Estatutos de Autonomía», en Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22, n. 65 Mayo-Agosto, 2002, p. 24.

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 527



Las resoluciones de estos conflictos positivos de competencias costituyen un marco privilegiado, donde se fijan los presupuestos de concialición entre la unidad y la diversidad como las dos caras de una misma moneda, el Estado de estructura compuesta. El momento unitario lo proporciona el artículo 149.1.1 Ce y su conexión con los principios rectores, que habilitaría al Estado para fijar los mínimos vitales que garanticen a todos los ciudadanos el ejercicio del derecho en condiciones de igualdad. Es el caso de la sentencia 13/92 donde se establece la competencia exclusiva del Estado para fijar las condiciones básicas que aseguren con carácter general una pensión asistencial mínima e idéntica para todos. Lo característico de la sentencia es que reconoce como legítima, desde el punto de vista del reparto competencial que se establece en la Constitución, la intervención del Estado en una materia, pensiones asistenciales, que hasta ese momento había sido entendida como una acción de protección situada extramuros de la Seguridad Social, y por lo tanto de exclusiva competencia de las autonomías. «Las facultades normativas en materia de pensiones asistenciales (…) encuentran claro apoyo competencial (…) en el artículo 149.1.1, en conexión con el artículo 50, ambos de la Constitución, que habilitan al Estado para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles, asegurando, con caráceter general, una pensión asistencial mínima e idéntica para todos, lo que se justifica, además por las propias limitaciones económicas que harían inviable, desde la consideración misma del principio de solidaridad, una configuración diversificada de las condiciones de edad de los beneficiarios y de la cuantía de tales pensiones en el territorio nacional» (STC 13/92, fj 14).

Por su parte, el aspecto de diversidad, se produce en aquella «franja común» de la zona asistencial. Consiste en la posibilidad de completar la asistencia social interna a la Seguridad Social, con otras ayudas que se proyectan en el ámbito asistencial de titularidad autonómica. Como límites, la apreciación de una situación de necesidad «que no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva de la Seguridad Social»; y la no injerencia en las materias de Seguridad social que dada su directa relación con el mercado, no admiten un tratamiento diferenciado, sino antes bien requieren de su standarización, tal es el caso de la «legislación básica» y el «régimen económico» (STC 239/2002, fj,7).

Este supuesto de competencias concurrentes es el previsto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, donde se reconoce la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para conceder ayudas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. «Obrando por tanto en virtud de su competencia exclusiva en materia de asistencia social (...), la Comunidad Autónoma puede dedicar fondos de su presupuesto a la finalidad de mejorar la situación de estas pensiones, y al hacerlo realiza una opción, entre otras posibles, que se pudieran proyectar sobre los distintos ámbitos de su competencia» ( FJº 8 b).

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 528



De modo que, la necesidad de compatibilizar el momento de unidad y el de diferencia con relación al status de ciudadanía social, conduce a considerar la previsión del artículo 149.1.1CE, como deber de intervención, a través del cual se estaría garantizando un nivel de homogenización mínimo, y por lo tanto, la posibilidad de un incremento o mejora de ese mínimo común por parte de los legisladores autonómicos en el ámbito de sus competencias.

### V.3.3. Reforzamiento de la eficacia de los derechos sociales en el ámbito estatutario

Recapitulando lo señalado hasta el momento, para que las propuestas en torno a la configuración del Estatuto como marco de garantía normativa de los derechos sociales sean factibles se requiere: a) que no se repita el esquema de garantías constitucional previsto en el artículo 53.3, porque de lo contrario estaríamos de nuevo en el discurso de los principios rectores (menor tutela constitucional determinada por la reserva de lo razonable); b) como una consecuencia directa de lo anterior, es necesario que se incremente el nivel de precisión en la formulación del derecho, por ejemplo, a través de la individualización de derechos básicos asistenciales; c) Una mayor precisión en la articulación de la disposición normativa, supone a su vez un mayor grado de vinculación para el legislador autonómico, como consecuencia del status especial del Estatuto como norma suprema del ordenamiento jurídico comunitario y su pertenencia al bloque de constitucionalidad.

Establecidos estos principios generales, tomaremos como paradigma de un posible derecho social autonómico a estatutizar, los Salarios Mínimos de Inserción (en adelante SMI )[50]. En primer lugar, la cobertura para el reconocimiento de este derecho básico individual asistencial, estaría proporcionada por una norma estatutaria sobre derechos sociales, lo cual sólo es posible, como hemos tenido ocasión de comprobar, partiendo de la base de que su naturaleza y alcance es la propia de los derechos sociales constitucionales.

En segundo lugar, podemos definir el SMI en torno a las siguientes características: a) carácter subsidiario con respecto a la Seguridad social, vinculado a una situación de necesidad (carencia de recursos económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas), que deberá ser acreditada por la Administración social autonómica. De manera que son compatibles con cualquier ingreso, incluidas las pensiones siempre que a través de las mismas no se alcance el tope mínimo regulado en cada caso[51]; b) Significado dual:

---

[50] Han sido objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, como son la Ley 10/1997 de la Comunidad Autónoma de Cataluña (artículo 21.2) o la Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, entre otras.

[51] *Vid*. STC 239/2002, de 11 de diciembre, «Estas ayudas pueden ser recibidas como ayudas de «asistencia social», no incluidas en el sistema de la Seguridad Social, por personas que efectivamente perciban pensiones propias de este sistema» (F. J°.6).

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 529



por un lado, se trata de garantizar un prestación económica y a la vez intentar lograr superar la exclusión social a través del empleo y la formación y c) de naturaleza condicionada, por lo que dejará de percibirse cuando cesen las causas que determinaron su otorgamiento o se logre la inserción social.

En tercer lugar, así configurado el SMI en el marco estatutatio, su nivel de garantías es muy superior al previsto para la asistencia social externa (artículo 41 Ce en conexión con el artículo 53.3). Su articulación como derecho individual le dota de una mayor densidad normativa, que permite su calificación como derecho subjetivo exigible *per sé,* esto es, sin necesidad de ulterior concreción. El único margen de discrecionalidad para el legislador autonómico sería la apreciación de la falta de recursosuficientes; y en todo caso, la mayor precisión de la dicción autonómica en la formulación del derecho a un SMI, supone que esta discrecionalidad será menor que en el supuesto de las disposiciones estatutarias anteriormente añalizadas.

No obstante entendemos que también en este caso es necesario conjugar el ejercicio de la autonomía con la preservación de los presupuestos básicos de la ciudadanía social. De manera que también aquí el Estado sería competente para fijar el mínimo vital del derecho social a una renta básica, en concreto y al igual que en el caso de las pensiones no contributivas, en cuanto a la cuantía de la prestación y condiciones de acceso, de acuerdo con el artículo 149.1.1 Ce que como vimos habilita únicamente al Estado para establecer los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (y la cuantía y los requisitos lo son, teniendo en cuenta el incremento, lamentablemente, de personas que viven por debajo del umbral mínimo de renta), asegurando con carácter general, una renta básica mínima e idéntica para todos.

Secundario es, que en el respeto de este marco de mínimos, haya CCAA que decidan incrementarlo, frente a otras que simplemente lo mantengan. La opción en este último supuesto entra dentro del ejercicio del derecho a la autonomía política previsto en el artículo 2 de la Constitución; y en ningún caso puede ser fiscalizable en sede jurisdiccional. No se puede compeler a un gobierno intermedio a que en el ejercicio de su autonomía y respetando la previsión estatal incremente la cuantía al mismo nivel que se da en otras CCAA. El único control posible será el de los ciudadanos de la Comunidad en cuestión a través de sus votos, castigando o no con su elección al gobierno de turno.

## VI. CONCLUSIONES

1. La manifestación más evidente de la afectación por el proceso de integración europeo a los derechos sociales reconocidos por el ordenamiento constitucional, se registra en los efectos disciplinantes que la Constitución Económica Comunitaria que se reciben en los ordenamientos de los Estados miembros Los criterios de convergencia del Pacto de Estabilidad que ésta interioriza, actúan en el espacio de definición del

11511-530-Estado autonómico58 15/10/05 10:52 Página 530



conflicto, determinado por la reserva de lo posible, reforzando los elementos que otorgan un papel determinante al principio del mercado, al tiempo que comprimen la disponibilidad del contenido del derecho por el legislador estatal. Esta relación, ordenamiento estatal que despliega su potencial alcance en la relativización de la eficacia jurídica de los derechos sociales[52], que supera el dato formal mediante su confinamiento al umbral de mínimos o «Constitución minimal»[53].

2. Los presupuestos del Estado social incorporan una determinada relación entre economía y distribución territorial de la competencia[54] que opera en un doble sentido: a nivel de la economía nacional, en términos de publificación del conflicto distributivo, a través de la actividad prestacional e interventora, que se incorporan de esta manera, el conjunto de postulados básicos para el funcionamiento del mercado, que el Estado debe garantizar a través de su homogeneización normativa. Desde esta perspectiva, quedan excluidos del radio de acción competencial autonómico, al menos normativamente, los sistemas de protección social de naturaleza contributiva.

En segundo lugar, y como una consecuencia directa de esta línea interpretativa, a nivel del diseño del reparto competencial, el ámbito de actuación preferente de las Comunidades Autónomas se circunscribe a las técnicas de cobertura desconectadas del mercado que permiten un tratamiento diversificado. De ahí que la viabilidad de las iniciativas autonómicas en la recepción estatutaria de derechos sociales se restringe sólo a las relacionadas con el espacio de marginalidad y exclusión social, que tanto el amparo de la Constitución (artículo 148.120 Ce) como el status especial del Estatuto de Autónomía en el sistema de fuentes constitucional habilita.

En cualquier caso, también conecta con la corriente unitaria del desarrollo del Estado social, la orientación igualitaria en la interpretación de los derechos fundamentales, entre los que hemos considerado también a los principios rectores de la política social y económica, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional. En este sentido, los status de los regímenes podrán ser diversos, pero la unidad de la ciudadanía social dentro de esta diversidad, obliga al Estado a intervenir, cual legislador positivo, para garantizar la igualdad de las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales en los niveles mínimos de prestación de los derechos sociales, independientemente de los ámbitos de protección correspondientes a los poderes territoriales[55].

---

[52] Maestro Buelga, G. «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», *op.cit.* pp. 217-218.

[53] Maestro Buelga, G. «Globalización y Constitución débil», en Teoría y Realidad Constitucional, n. 7, primer semestre. 2001, pp. 159-171.

[54] García Herrera, M.A. y Maestro Buelga, G. «Marginalidad, Estado social y prestaciones autonómicas», op.cit. pp. 65-68.

[55] Cantaro, A. «Stato federale, eguaglianza e diritti sociali» en Democrazia e Diritto, n. 2-3, 1994, p. 310.

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 531

# LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARTÍSTICO, HISTÓRICO Y CULTURAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

**Rafael Lasaga**
*Profesor Titular de EU*
*Universidad del País Vasco*

## I. INTRODUCCIÓN

El Estado español puede ser considerado posiblemente como uno de los primeros países europeos con mayor riqueza patrimonial artística, histórica y cultural.

Ello es, sin duda alguna, consecuencia del asentamiento y convivencia secular de un enorme crisol de razas y culturas gracias a los cuales nos han constituido herederos de un ubérrimo y exquisito legado: celtas, íberos, fenicios, griegos, cartaginenses, romanos, y más tardíamente visigodos, musulmanes y francos, han consolidado un fructífero bagaje cultural con su arte, lengua y religión, del que todos tenemos el derecho de disfrute y el deber de protección. El mecenazgo operado por los diferentes monarcas y por la Iglesia Católica ha dejado un valioso patrimonio arquitectónico, escultórico, pictórico y bibliográfico que sitúan a España en lugar honorífico sobre la cúspide patrimonial de los países del orbe.

Todo este legado no sólo es definido como valor por el legislador ordinario, sino también por el constituyente al consagrar en el artículo 46 de la Constitución Española de 1978, la obligación de los poderes públicos de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran.

Tal ha sido la cantidad y calidad de este patrimonio, que España puede ser definida como uno de los países pioneros en su afán de salvaguarda de su patrimonio histórico-artístico, tanto a nivel preconstitucional como constitucional. Su respeto y enriquecimiento son el aval de futuro para su disfrute por generaciones venideras.

## II. LA ESFERA PROTECTORA EN EL ÁMBITO ESTATAL

Nuestra Constitución de 1978, heredera en gran medida del acervo normativo internacional sobre la materia –como así también la Ley de Patri-

[1].En el preámbulo se incide sobre «la creciente preocupación en esta materia por parte de la comunidad internacional y de sus organismos representativos, ha generado nuevos criterios para la

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 532



monio Histórico de 1985[1]–, ha incorporado en su Título I como un derecho de contenido social, en su artículo 46, el derecho a disfrutar del patrimonio histórico, artístico y cultural, así como el mandato dirigido a los poderes públicos de conservarlo, promoverlo y enriquecerlo.

Ello no obstante, deviene su justificación también de la necesidad prevista por el constituyente de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» y «promover el progreso de la cultura», tal y como incidirá el Preámbulo constitucional.

Así las cosas, como ya sabemos, el alcance, intensidad y garantía de este derecho social deriva de lo estipulado en el artículo 53.3 de la Constitución española, artículo de «desgraciada redacción» en palabras de E. García de Enterría[2], pues no nos hallamos ante un derecho público subjetivo ni directamente jurisdiccionable. Su exigencia ante el poder judicial se ejerce conforme a lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.

En desarrollo del precepto vio la luz en la Ley 16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español y en el Real Decreto 111/1986 de 10 de enero de desarrollo parcial de la ley.

Podemos estructurar los razonamientos jurídicos de la Ley conforme al tenor de su exposición de motivos:

a.– frente al carácter obsoleto y a veces contradictorio de la caótica y heterogénea normativa existente, la nueva ley debe encauzarla y refundirla en un texto ordenado, eficaz y más acorde con los tiempos.

b.– la abundante normativa internacional derivada esencialmente de la UNESCO y CEE obligan al Estado a adaptarse a ella por esta Ley.

c.– la excelente doctrina extranjera ha exigido a nuestro legislador a incorporar nuevos conceptos y términos así como a ampliar la configuración del Patrimonio histórico español.

d.– la ley ha venido igualmente justificada ante la escasez de instrumentos administrativos protectores, sobre todo frente a expolios y exportaciones ilícitas.

e.– las exiguas medidas económicas y fiscales dedicadas al Patrimonio histórico se ven incrementadas cualitativamente con la nueva ley que prevé incentivos fiscales y otras medidas de gran eficacia.

f.– por último, la Ley del Patrimonio Histórico español justifica, a tenor del artículo 46 de la Constitución española el acceso y disfrute de este legado: hablamos de su función social[3]. Como así se incide en la Exposición de Motivos

---

protección y enriquecimiento de los bienes históricos y culturales que se han traducido en convenciones y recomendaciones que España ha suscrito y observa, pero a las que su legislación interna no se adaptaba».

[2] García de Enterría, Eduardo. La Constitución Española de 1978, pág. 118.

[3] Doctrina y Tribunal Constitucional han preconizado insistentemente la relevante función social del Patrimonio Histórico-Artístico. Véase por ejemplo la STC 17/1991, fundamente jurídico 2.

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 533



de la ley «en consecuencia y como objeto último, la ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro patrimonio histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la ley establece, sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos puedan contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilite el acceso a la cultura y que éste, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

La Ley 16/1985, como ya he indicado, introduce nueva terminología como «patrimonio cultural» o «bienes de interés cultural» –herencia de la doctrina italiana– protegiendo un abanico de bienes con carácter expansivo como los inmuebles o monumentos, jardín histórico, conjunto histórico, sitio histórico, zona arqueológica, patrimonio etnográfico, documental y bibliográfico, archivos, bibliotecas, museos, y bienes muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico[4]. En el mismo sentido se van a plasmar diferentes técnicas administrativas de protección: los registros e inventarios, como el Registro General de Bienes de Interés Cultural, el Inventario General de Bienes Muebles, y el Censo de bienes integrantes del patrimonio documental y bibliográfico.

Siguiendo el espíritu del artículo 46 de la Constitución en materia protectora también se perfilan innumerables técnicas jurídicas para amparar al patrimonio histórico español: son ejemplo de ello la inscripción en censos, registros e inventarios, planes nacionales de información, acción popular, obligaciones impuestas a instituciones eclesiásticas, particulares y administración pública, y protección especial sobre conjuntos históricos, sitios históricos o zonas arqueológicas, todo ello complementado por una larga cadena de prohibiciones en general.

El constituyente ha reconocido al patrimonio cultural español como objeto de especial protección y respeto y a la cultura como valor.

Igualmente se ha constitucionalizado la descentralización política y administrativa dotándose a las Comunidades Autónomas de un régimen competencial específico, y a los Municipios en virtud del principio de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses[5]. Por ello válidamente puede afirmarse que el Patrimonio histórico es un sector cultural sobre el que subyace un régimen competencial concurrente de facultades estatales, autonómicas y locales[6].

---

[4] A este respecto el Tribunal Constitucional en STC 17/1991, en Fj2 ahonda estipulando que los bienes integrantes en el Patrimonio histórico español, «por estar dotadas de singulares características resultan portadores de unos valores que los hacen acreedores de especial consideración y protección en cuanto que dichos valores son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la comunidad internacional, por constituir una aportación histórica a la cultura universal».

[5] STC 148/1991 Fj4º: se reconoce «la garantía institucional de la Autonomía Local».

[6] STC de 5 de abril de 1984, según la cual «se produce una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente».

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 534



Si bien el artículo 148 de la Constitución Española asigna a las Comunidades Autónomas la facultad de asumir competencias en materia de artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para las Comunidades Autónomas, patrimonio monumental de interés autonómico, fomento de la cultura e investigación y enseñanza de la lengua, el artículo 149,1.28 atribuye por su parte al Estado la competencia exclusiva sobre la defensa del Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental Español contra la exportación y expoliación; museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas. A mayor abundamiento, el artículo 149,2 de la Constitución española, «y sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas». Por ello puede entenderse que la Constitución Española apodera al Estado del título competencial de impulso y coordinación de la política cultural en su conjunto.

Es en este marco donde las diecisiete Comunidades Autónomas han asumido estas competencias tal y como se refleja en los Reales Decretos de transferencia de bienes y servicios.

No obstante, la Ley 16/1985 –cuyo objeto fue codificar una situación normativa de enorme dispersión– provoca una acumulación de varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Cataluña (830 y 858/1985), Galicia (847/1985) y País Vasco (850/1985.

La STC 17/91 de 31 de enero desestimará todos los recursos y se convierte en sentencia interpretativa de los diversos preceptos de la Ley del Patrimonio Histórico español ajustando la distribución competencial trastocando el sistema de la ley y desapoderando al Poder Central de competencias, salvo en los limitados bienes comprendidos en el artículo 6b de la Ley[7].

En resumidas cuentas, preconiza una enorme atribución competencial a las Comunidades Autónomas sobre la titularidad del Patrimonio Histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico sito en cada autonomía.

Este giro interpretativo de la Ley del Patrimonio Histórico español operada por el Tribunal Constitucional, como así indica la doctrina, generará una disparidad normativa autonómica sobre el mismo objeto[8].

---

[7] Bienes integrantes del Patrimonio Histórico español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, así como la defensa frente a la exportación ilícita y expoliación.

[8] En este sentido, Lorenzo Martín Retortillo observa «la quiebra de la vieja utopía que aspira a un Derecho tranquilo y apacible, simplificado y comprensible... no pocas veces las élites políticas regionales usaron sus poderes y competencias, no mirando el interés primigenio de los ciudadanos, no buscando el mejor funcionamiento general, sino desde el afán de diferenciarse creyendo que así se afianza más, con la particularidad de que las diferencias avivan el ansia de mayores diferencias». Nuevas perspectivas de la Conservación del Patrimonio histórico: una visión global. Revista aragonesa de Administración Pública nº 19 Zaragoza, 2001. Págs. 52 y 54.

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 535



## III. LA ESFERA PROTECTORA EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO VASCO

El País Vasco fue la cuarta Comunidad Autónoma en aprobar una ley específica sobre la materia tras Navarra, Murcia y Castilla-La Mancha. El día 3 de julio ve la luz la Ley 7/1990 de Patrimonio Cultural Vasco[9]. Como así refleja la Exposición de Motivos, «el patrimonio cultural vasco es la principal expresión de la identidad del pueblo vasco y el más importante testigo de la contribución histórica de este pueblo a la cultura universal».

Su fin será diseñar una política cultural que asiente la base jurídica sobre la que descansar el régimen protector del patrimonio cultural vasco, difusión y fomento, así como desarrollo de la infraestructura de archivos, bibliotecas y museos.

En su Título I se establece no sólo el deber de los poderes públicos de velar por la integridad del Patrimonio Cultural Vasco, sino también se reconoce la acción pública de los ciudadanos para defenderlo.

Este patrimonio cultural vasco estará formado por bienes de interés cultural con valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social, debiendo clasificarse en las categorías de monumento, conjunto monumental o espacio cultural.

Por otra parte se crea el Centro de Patrimonio Cultural Vasco cuyas funciones básicas residen en crear y mantener el Centro de Documentación del patrimonio cultural vasco, organizar y mantener el Registro de Bienes Culturales Calificados y el Inventario General del patrimonio cultural vasco; difundir, impulsar publicaciones e investigaciones sobre el mismo y asesorar a Diputaciones y Ayuntamientos.

En el Título II se opera una clasificación del patrimonio cultural vasco sobre la base del régimen de protección, refiriéndose de esta manera a los «bienes culturales clasificados» –que gozan de protección jurídica especial y se inscriben en el Registro de Bienes Culturales Calificados–, y los «Bienes Inventariados» –objeto de menor protección y que se inscribirán en el Inventario General de Bienes Culturales, ambos integrados en el ya citado Centro del Patrimonio Cultural Vasco, adscrito al Departamento de Cultura del Gobierno Vasco–.

Respecto a los primeros, serán declarados por Decreto del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero de Cultura previa apertura de expediente de calificación. Una vez calificado el bien se notificará al Registro de la Propiedad.

---

Igualmente, Juan Manuel ALEGRE ÁVILA incide en que la STC 17/1991 «conduce a resultados incongruentes con la filosofía inspiradora de la Ley, cuyos postulados básicos han quedado distorsionados introduciendo el Tribunal Constitucional graves factores de inseguridad e incoherencia en la regulación del Patrimonio histórico español». Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional (STC de 31 de enero de 1991 sobre la Ley del Patrimonio Histórico de 1985). Revista Española de Derecho Constitucional nº 32, pág. 221.

[9] Conforme a la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma por el artículo 10, puntos 17, 19 y 20 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 536



Respecto a los segundos, la inscripción del bien inventariado se realizará por orden del Consejero de Cultura previa apertura de expediente y notificación a su propietario, Diputación Foral y municipio en donde radique el bien.

En el Título III se articula un régimen de protección general para bienes calificados e inventariados: obligaciones para sus propietarios, poseedores o titulares de derechos reales sobre ellos, tanto de conservación como cuidado y protección, así como para las Diputaciones Forales de supervisión y actuación.

De igual forma se incide en la protección jurídica reforzada que se opera sobre los bienes inmuebles calificados (artículos 28 a 36) y bienes muebles calificados (artículos 37 a 42), así como al patrimonio arqueológico (del 43 al 54), patrimonio documental (del 55 al artículo 65) y patrimonio bibliográfico (66-72).

El Título IV viene dedicado a los centros en donde quedan depositados los bienes que constituyen patrimonio cultural; archivos, bibliotecas y museos dependientes de la Comunidad Autónoma del País Vasco y con exclusión de los estatales y de los dependientes de los Territorios Históricos.

Respecto a los Archivos, se crea el Sistema Nacional de Archivos de Euskadi y el Archivo Histórico del Gobierno Vasco; las bibliotecas dependientes de la Comunidad Autónoma del País Vasco se integrarán en el Sistema Nacional de Bibliotecas de Euskadi y los museos de titularidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco harán lo propio en el Sistema Nacional de Museos de Euskadi.

En el Título V, dedicado a las medidas de fomento se incide sobre las ayudas dirigidas a la conservación, mejora, restauración y excavación, ayudas con carácter de anticipo reintegrable; la regulación del porcentaje cultural del 1% y créditos preferentes.

Igualmente el artículo 104 autoriza a los titulares o poseedores de bienes culturales a gozar de beneficios fiscales.

El último de los Títulos, el VI, regula el régimen sancionador (artículos 108 al 110), describiendo las situaciones constitutivas de infracción administrativa, con apertura de expediente y multas, todo ello sin perjuicio de la tipificación del hecho imputable como delito.

A diferencia de otras Comunidades Autónomas, la Comunidad Autónoma del País Vasco en virtud del régimen foral de los tres Territorios Históricos, la Ley 7/1990 del Patrimonio Cultural Vasco ha previsto un régimen competencial propio para cada Territorio Histórico, ejercido por la Diputación Foral respectiva, de desarrollo legislativo y ejecución en materia de conservación, restauración, mejora, y en su caso, excavación del patrimonio histórico-artístico, monumental y arqueológico, y con competencia exclusiva sobre archivos, bibliotecas y museos de su titularidad.

De igual forma, cada Territorio Histórico goza de facultad sancionadora sobre ciertos tipos de infracciones. Ello ha sido factible en virtud de la Ley

11531-538-Estado autonómico59 15/10/05 10:56 Página 537



27/1993, de 25 de noviembre, reguladora de las relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos (LTH), y del Estatuto de Autonomía del País Vasco, artículos 2,3 y 37.

Estas competencias fueron adquiridas por Decreto 31/1985 de 5 de marzo (Álava), 39/1985 de 5 de marzo (Guipúzcoa) y 50/1985 de 5 de marzo (Vizcaya.

Todo ello sin perjuicio de la posición activa de los Ayuntamientos que ostentan facultades diversas sobre la materia objeto de análisis, como la de intervenir como interesados en determinados procedimientos administrativos además de recibir información, adoptar medidas de intervención en determinados supuestos, operar en situaciones de ruina inminente y de demolición de bienes culturales, y la posibilidad de ser destinatario de Bienes Culturales.[10]

Como así ha indicado José María ABAD LUCERAS[11]ESTA Ley ha sido norma pionera y vanguardista en muchos aspectos, y junto a la estatal han sido utilizadas como referente por el resto de las Comunidades Autónomas a la hora de elaborar y promulgar sus propias normativas.

No obstante, y concluyendo esta comunicación, podemos apreciar en diferentes lugares, como en la Exposición de Motivos[12] –piedra angular de la Ley– artículo 8,2[13], o en la propia denominación de ciertas instituciones[14] por citar algunos ejemplos, son reflejo de un sentimiento o consciencia de identidad colectiva de construir una nación –diferenciada del Estado–, que constituye un eslabón más de esa cadena identificable con «el hecho diferencial vasco». Observamos una nueva muestra de ese abanico de declaraciones políticas que el nacionalismo vasco ha pergeñado y que día a día ha culminado en el reciente proyecto de génesis del llamado «Estado libre asociado», que recientemente ha preconizado el actual Lehendakari Juan José IBARRETXE.

No es de extrañar que este año 2004, aniversario del Estatuto de Autonomía del País Vasco, y ocasión del presente Congreso, ni el Lehendakari ni el propio nacionalismo vasco hayan manifestado públicamente su júbilo o apoyo al Estatuto, al que públicamente podemos decir, han denostado.

---

[10] Véanse los artículos de la Ley del Patrimonio Cultural Vasco: 4, 11, 12, 17, 20, 21,22,,27, 28, 29. 30, 36, 48 y 105.

[11] ABAD LUCERAS, José María: La Protección del Patrimonio Inmobiliario histórico en el ordenamiento jurídico vasco. IVAP, Oñati, 2002, págs 22 y 23.

[12] El patrimonio cultural vasco es la principal expresión de la identidad del pueblo vasco y el más importante testigo de la contribución histórica de este pueblo a la cultura universal.

[13] «La Comunidad Autónoma del País Vasco podrá solicitar al Gobierno del Estado que celebre y en su caso presente a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permiten el establecimiento de relaciones culturales con los Estados en cuyo territorio se encuentren bienes integrantes del patrimonio cultural vasco». Clara referencia a Euskal Herria, al País Vasco Francés.

[14] Sistema Nacional de Archivos de Euskadi (artículo 78), de Bibliotecas de Euskadi (artículo 86), de Museos de Euskadi (artículo 93).

11531-538-Estado autonomico59 15/10/05 10:56 Página 538



A este respecto, nunca es tarde para recordar las palabras del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, quien confirmó[15] tempranamente que «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. Esta unidad se traduce así en una organización –el Estado– para todo el territorio nacional. Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía, –y aun este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido».

No obstante y como así recordó Francisco TOMÁS Y VALIENTE[16] «Donde estos factores de diversidad se combinan de una manera más profunda e intensa se traducen en un sentimiento o consciencia de identidad colectiva como nación o nacionalidades que además se plasma en un hecho constitucionalmente ni previsto ni prohibido, porque pertenece al marco de la realidad fáctica, no al de la normatividad».

[15] STC 4/1981, Fj2.

[16] Francisco TOMÁS Y VALIENTE: Constitución: escritos de introducción histórica. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 221.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 539

# EL EMPLEO Y LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DESPUÉS DE LA LEY 56/2003 DE EMPLEO

**José Jesús de Val Arnal**
*Prof. TEU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
*Universidad de Zaragoza*
**Eva Mª. Muñoz Martínez**
*Diplomada en Relaciones Laborales*

## I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la Mundialización nos debe llevar a tratar el mercado de trabajo y de la política de empleo desde otra posición y no sólo desde la órbita nacional, regional o local. La internacionalización de la economía y por ello también del mercado de trabajo nos lleva directamente a la sede internacional del Derecho del Trabajo. La lucha contra el desempleo y la consecución de los objetivos del empleo forman parte del mandato fundamental de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que como órgano de Naciones Unidas desde su creación en 1919, es el instrumento adecuado para establecer los planes sobre las cuestiones laborales. En el Preámbulo de la Constitución se menciona la lucha contra el desempleo entre las condiciones que es urgente mejorar, por entrañar «tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales». Ese mismo año, la primera Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre el desempleo, 1919 (núm. 2), por el que se exige a los Estados miembros que informen sobre las medidas tomadas para luchar contra el desempleo.

Veinticinco años después, con la adopción en Filadelfia de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, la Conferencia reconocía la obligación solemne de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan, entre otras cosas, «lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida». En 1969, con ocasión del 50.º Aniversario de la OIT, se creó el Programa Mundial del Empleo, que se presentó como la contribución de la OIT a la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

En un período dilatado de tiempo, en la OIT, se establece el Convenio 122 sobre Empleo y el Programa Mundial de Empleo (1969); se reúnen los países miembros en la Conferencia Mundial del Empleo 1976; se establece la Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169), adoptada por la Conferencia que integró el Convenio sobre la política del empleo y la Recomendación núm.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 540



122 en el marco más amplio de la Declaración de principios y programa de acción de 1976. Más tarde se decide publicar una serie de informes anuales sobre *El empleo en el mundo*.

Hoy, sesenta años después de la Declaración de Filadelfia, el marco de una política de Empleo a nivel mundial es una necesidad. Al empezar el siglo XXI, el empleo sigue siendo el tema central del programa de trabajo de la OIT. En noviembre del 2001, la Oficina organizó el Foro Global del Empleo, en el cual presentó un documento de trabajo titulado *Programa Global de Empleo*[1].

Se comienza a finales del siglo XX a tratar de un Derecho del Empleo, frente a un Derecho del Trabajo que sólo parece englobar en su ámbito subjetivo a quienes tienen trabajo, y a veces sin tener un concepto en el Ordenamiento Jurídico sobre lo que debemos considerar como empleo[2].

Los efectos de las crisis económicas dan paso a una nueva fase del Derecho del Trabajo. La necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo a la realidad social y económica, ha llevado necesariamente a que éste se conciba no ya sólo como un ordenamiento que tutela la actividad de quiénes trabajan, sino que condiciona decisivamente también las posibilidades de quiénes se hallan en la expectativa de obtener empleo, de modo que el Derecho del Trabajo debe preocuparse no sólo de los ocupados, sino también de los desempleados, lo que revela, a la postre, que uno de los principios axiales del Derecho del Trabajo sigue siendo el derecho al trabajo.

En los últimos años, se asiste así a la aparición constante, aunque algo decreciente, de normas cuyo destinatario directo es el empleo, particularmente el mercado de trabajo. En ocasiones, esa intervención no va más allá de una simple modificación de otros instrumentos tradicionales del Derecho del Trabajo, como son las normas sobre colocación, emigración o trabajo de extranjeros[3]. Otras veces, se promulgan normas jurídicas nuevas, destinadas expresamente a la regulación del reparto de trabajo, el fomento del empleo o la movilidad (funcional o geográfica) de los trabajadores. Atendiendo a los cambios experimentados por los factores de producción, combinándose el factor capital con el trabajo, así como la introducción de las nuevas tecnologías, que ha obligado a una readaptación de la fuerza de trabajo tanto para facilitar la adecuación técnica, como para su colocación en los distintos sectores productivos[4] se demuestra la necesidad de un Derecho del Empleo.

---

[1] Estas son las palabras de Michel Hansenne sobre el problema del empleo en el mundo, que se recogen en VVAA: *El empleo en el mundo 1995*, OIT, Geneva. 1995. En este informe se advierte que, a menos que se modifiquen las políticas actuales, las perspectivas de crecimiento del empleo siguen siendo sombrías en el mundo entero, salvo algunas excepciones.

[2] GAUDU, F.: «Les notions d'emploi en droit», *Droit Social*, nº 6, Juin, 1996, págs. 569-576

[3] MARTÍN VALVERDE, A.: «La formación del Derecho del Derecho del Trabajo en España», en AAVV: *La legislación laboral en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*. Madrid, 1987, pág. XCI, y ss.

[4] *Vid.*, SANCHÍS, E.: «Cambio técnico y cualificaciones laborales: últimas contribuciones a un debate siempre abierto», en *Sistema*, nº 70, 1989, pág. 43 y ss.

11539-556-Estado autonomico60 15/10/05 11:03 Página 541



Surgen, de esta manera, un conjunto de disposiciones dirigidas expresamente al ámbito de las relaciones de trabajo, con la finalidad de preparar profesionalmente al trabajador, regulando el acceso al empleo, redistribuyendo la propia actividad, facilitando la movilidad del primero y su adaptación a las necesidades objetivas del puesto de trabajo o del propio mercado de empleo, conformando, en su conjunto, lo que se ha denominado política de empleo.

La ordenación jurídica del empleo forma parte, pues, del Derecho del Trabajo, ya que regula el acceso al trabajo, así como la realización de la prestación. El derecho del empleo se muestra, por ello, como un nuevo sector del ordenamiento laboral que, en su mayor parte, pertenece al Derecho del Trabajo, conformando no sólo un núcleo particular dentro de la disciplina, sino que trasciende también a otras instituciones tradicionales, como la regulación del tiempo de trabajo, la duración del contrato, el objeto de la prestación, las vicisitudes de la relación jurídica y la extinción del contrato. Incluso, el derecho del empleo constituye una de las preocupaciones de los sujetos colectivos del Derecho del Trabajo, quiénes incorporan a sus distintas reivindicaciones los problemas relacionados con el empleo[5], condicionando el propio contenido material de la negociación colectiva[6].

En virtud de estas consideraciones, parece claro que el Derecho del Trabajo apunta hoy, en primer término, al fomento y al propio control del empleo, en el que establece, como se ha visto, una tutela selectiva respecto de ciertos grupos de trabajadores y una ordenación legal tendente a proteger el acceso a los puestos de trabajo de quiénes quieren y pueden trabajar[7].

Aun existiendo un Derecho del Empleo[8] este se debe articular desde la Unión Europa, en la lucha contra el desempleo y el fomento de la ocupación, lo cual es ya una larga historia. El punto de partida, aunque la política social tiene etapas anteriores, es el *Libro Blanco de la Unión Europea sobre el empleo y la competitividad, en busca del siglo XXI*, sin analizar los fondos estructurales, las iniciativas comunitarias y nacionales, así

---

[5] La Política de empleo, en general, ha formado parte de los acuerdos tripartitos firmados en nuestro país, actuando como motor de muchas de las manifestaciones y medidas de presión utilizadas por los sindicatos. Véase DE LA VILLA, L.E.: *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*. MTSS. Madrid. 1985; y *Panorama de las relaciones laborales en España*. Madrid. 1983, pág. 45 y ss.

[6] Sobre el papel de la negociación colectiva en materia de empleo véase GARCÍA BLASCO, J.: «Las técnicas de creación y fomento del empleo en la negociación colectiva», en *RL*, 1989-II, pág. 77 y ss.

[7] LÓPEZ GONZÁLEZ-GARCÍA LASAOSA: *Orígenes del movimiento en Aragón (1854-1890)*. Zaragoza, 1982. En l872, Anselmo LORENZO apuntaba con tino a una solución que se ha decantado con matices jurídicos para delimitar el trabajo productivo objeto del Derecho del Trabajo: obrero es –decía él– todo hombre que crea un producto, que tiene un carácter de utilidad social. En estos mismos debates del II Congreso Obrero Español de la Sociedad Internacional de Trabajadores se registraron intervenciones que hoy tienen ecos de modernidad, al reconsiderarse la función del Derecho del Trabajo en una sociedad con tasas crecientes de paro y abrirse un foso entre los que tienen empleo y carecen de él porque lo perdieron o no han podido acceder a ninguno.

[8] AAVV: *Derecho del Empleo*, Coord. SARAGOSSA I SARAGOSSA, J.V., Ed. Tirant lo Blanch, 2002. Uno de los primeros manuales sobre esta parte del Derecho del Trabajo.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 542



como otras medidas que tanto en Europa como en el mundo se tratan de llevar a la práctica. La Constitución Europea que se firma en Roma el 29 de octubre del 2004 es sin duda la aparición de una nueva galaxia para poder concretar el tema objeto de la comunicación a estas jornadas.

Nuestra comunicación a este Congreso trata sobre una cuestión que afecta la dificultad de la política de coordinación, entre la Unión Europea, el Estado Español, las Comunidades Autónomas y la Administración Local sobre fomento del empleo. Una tarta de difícil reparto que visitando el mausoleo y la cripta de *Les invalides* nos hace predicar una añoranza de la centralización administrativa y no la dispersión irrazonable de competencias sin contenido posible.

## II. EL EMPLEO EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

En la Constitución Europea, Capítulo III, Sección I, se regula la política de empleo, que junto a las Políticas: Económica y Monetaria, del Mercado Interior, Política social, Cohesión económica, social y territorial, Agricultura y Pesca, Medio Ambiente, Protección de los consumidores, Transportes, Redes transeuropeas, Investigación y desarrollo tecnológico y espacio, Energía conforman las columnas de la Política Social y Económica de la Unión Europea.

Lo primero que resalta de este capítulo de la Constitución, en concreto el art.III-204 es que entra en contradicción con el objetivo del art. 1-3 de la Constitución de la Unión Europea que dice:

> *La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente* ***al pleno empleo*** *y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.*

En el art. III 205 de este capítulo se establece «como objetivo *la consecución de un nivel elevado de empleo».*

> ARTÍCULO III-205 1. La Unión contribuirá a la consecución de un nivel elevado de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando su acción. Al hacerlo respetará plenamente las competencias de los Estados miembros.
>
> 2. En la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión deberá tenerse en cuenta el objetivo de alcanzar un nivel elevado de empleo.

Desde el nacimiento de la Unión Europea la referencia a un alto nivel de empleo como objetivo de la Política económica es una realidad. El art. 2º del Tratado de la Unión Europea tiene como objetivo un alto nivel de empleo y de protección social, y para ello en el art. 3º se dispone de instrumentos como una política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo.

En los últimos proyectos de Constitución Europea en el art. 2º se recogían como objetivos de la Unión el pleno empleo. Ahora coinciden tanto la Constitución Europea y la Constitución Española (art. 40.3) al establecer como meta el pleno empleo, con la incertidumbre del art. III-205.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 543



La historia de la reorganización del fomento del empleo y de los programas de la UE tienen su pistoletazo de salida en el Libro Blanco[9] sobre el crecimiento, la competitividad y el empleo que surge del Consejo Europeo de Copenhague en el mes de junio de 1993, en la que ya se expresaba la *honda preocupación ante la situación de desempleo y los graves peligros inherentes a una coyuntura en que un número creciente de personas de la comunidad está quedando permanentemente marginada del mercado de trabajo, para lo que tanto la comunidad como sus Estados miembros deben restablecer la confianza aplicando una estrategia clara tanto a corto plazo como a medio largo plazo, para restaurar el crecimiento sostenible, reforzar la competitividad de la industria europea y reducir el desempleo.*

En el Consejo Europeo de Bruselas el 10 y 11 de diciembre de 1993 se presentó por la Comisión el Libro Blanco sobre el crecimiento, la competitividad y el empleo: Retos y pistas para entrar en el siglo XXI. En su tercera parte se trata del empleo, y en el capítulo VIII de las medidas necesarias para convertir el crecimiento en empleo.

Era necesario dar un nuevo impulso a la estrategia para la creación de empleo y a su aplicación utilizando las pistas convergentes trazadas en las contribuciones presentadas. Las instituciones de la Unión Europea, gobiernos y autoridades regionales y locales así como interlocutores sociales deben movilizarse de forma concreta en favor del crecimiento y del empleo en el marco de un enfoque integrado. De conformidad con el enfoque de la Comisión, se trata de establecer un proceso abierto y flexible que permita a todas las partes interesadas adoptar compromisos concretos a su propio nivel de responsabilidad para crear un marco macroeconómico favorable al empleo, explotar al máximo el potencial del mercado interior, acelerar las reformas del mercado laboral y utilizar mejor las políticas de la Unión en beneficio del crecimiento y del empleo.

La opción por la subvención y la ayuda al empleo es una de las posibles medidas para poner remedio al desempleo y cumplir con los fines de una política de pleno empleo y del derecho al trabajo.

El proceso de comunitarización del empleo iniciado en el Consejo de Luxemburgo, con los cuatros pilares de la estrategia coordinada de empleo –empleabilidad, adaptabilidad, espíritu de empresa e igualdad de oportunidades–, se va a consolidar en Consejos ulteriores. Además a todo ello, hay que unir el compromiso adquirido por los Estados miembros en la Cumbre de Lisboa, celebrada en el año 2000, de convertir la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera

---

[9] Sobre los marcos anteriores y la historia de los diversos programas:
MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.: *Derecho Social Europeo*, Ed. Tecnos, 1994, pág. 170-181.
SALA FRANCO, T., COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: *Derecho Social Comunitario*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2º Ed. 1995, pág. 320-348.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 544



sostenible con más y mejores empleos y mayor cohesión social. Posteriormente, los Consejos Europeos de Barcelona (marzo 2002) y Bruselas (octubre 2002), insistieron en la necesidad de consolidar la estrategia europea de empleo a través de un proceso reforzado, simplificado y mejor gestionado, mediante el establecimiento de metas y objetivos coherentes con las orientaciones generales de política económica y las de la propia estrategia europea de empleo, susceptibles de evaluación, en una nueva perspectiva trienal.

El nuevo diseño de la Estrategia Europea de Empleo se centra en la promoción de tres grandes objetivos interrelacionados entre sí:

1) el pleno empleo,

2) la calidad y la productividad del trabajo, y

3) la cohesión y la inclusión social.

La consecución de estos tres objetivos requiere la adopción por parte de los Estados miembros de reformas estructurales que deben tener en cuenta una serie de directrices específicas. Estas Directrices deberán orientar la política de empleo de los Estados miembros.

En las recomendaciones específicas que el Consejo de la Unión Europea dirige al Estado español apenas si existen novedades de un año para otro[10],

[10] RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO de 14 de octubre de 2004 sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros (2004/741/CE):
A España se le dan las siguientes recomendaciones:
Entre 1997 y 2002, España tuvo el mayor incremento de las tasas de empleo y la mayor reducción de las tasas de desempleo de todos los Estados miembros; sin embargo, el desempleo sigue estando bastante por encima, y el empleo bastante por debajo, de la media de la UE.
Los resultados varían mucho de unas regiones a otras; por lo tanto, es prioritario hacer frente a las disparidades regionales.
La participación femenina y la tasa de empleo de los trabajadores de más edad siguen siendo especialmente bajas.
Además, una proporción muy elevada de personas (en torno a un tercio de todos los trabajadores) sigue teniendo contratos de duración determinada, y la productividad de la mano de obra permanece a niveles bajos.
Los niveles globales de estudios terminados y la participación de adultos en la formación siguen siendo especialmente bajos. En los últimos años, el suministro de mano de obra se ha visto favorecido por el aumento de la inmigración.
La evaluación del Grupo Europeo de Empleo y el análisis contenido en el Informe conjunto sobre el empleo acerca de la aplicación de las Directrices de la UE y de las recomendaciones del Consejo de 2003 ponen de manifiesto que España debería dar prioridad inmediata a lo siguiente:
Aumentar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas:
– promover la modernización de la organización del trabajo para potenciar la productividad y la calidad en el trabajo,
– revisar el marco regulador para que los contratos indefinidos tengan más atractivo para los empleadores y disuadir del uso de contratos de duración determinada, a fin de contrarrestar la segmentación del mercado de trabajo; aumentar el atractivo para los trabajadores de las agencias de trabajo temporal; suprimir los obstáculos al trabajo a tiempo parcial,
– aprovechar las posibilidades que ofrece la diferenciación salarial en función de la evolución de la productividad y de las condiciones a escala local, regional y sectorial (véase la directriz número 5 de las Orientaciones generales de política económica). Atraer a más personas al mercado de trabajo y hacer del trabajo una verdadera opción para todos:
– aumentar los incentivos para que las mujeres participen en el mercado de trabajo e incrementar la disponibilidad y asequibilidad de los servicios para el cuidado de los hijos y otras personas dependientes,

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 545



reiterándose la necesidad de poner remedio a los mismos viejos problemas: la alta tasa de desempleo, especialmente la femenina, en relación con la media europea; la alta proporción de contratos de duración determinada y el escaso uso del contrato a tiempo parcial, la persistencia de desequilibrios entre las tasas de empleo regionales, constatándose la limitada movilidad laboral geográfica, debido a obstáculos estructurales como el mal funcionamiento del mercado de la vivienda, y los déficit de los servicios públicos de empleo. En conclusión, aunque el desempleo efectivamente se ha reducido, algunos de los principales problemas de nuestro mercado de trabajo continúan igual de patentes que cuando se puso en marcha la estrategia europea por el empleo en 1997, lo que nos lleva a preguntarnos si los objetivos marcados son o no alcanzables, si sólo se utilizan los instrumentos hasta ahora diseñados o si habrá que adoptar medidas más incisivas que modifiquen de raíz la estructura de nuestro mercado laboral.

Por otro lado, la estrategia de coordinación de políticas iniciada en la Unión Europea –política económica, a través de las Grandes Orientaciones de Política Económica, y política de empleo, a través de las Directrices de Empleo y los Planes Nacionales de Acción para el Empleo, en coordinación con la estrategia de inclusión social– obliga al Estado español a establecer objetivos cuantificados de actuación con desempleados, toda vez que la Unión Europea vincula la distribución de fondos europeos (Fondo Social Europeo) al logro de dichos objetivos, lo que necesariamente obliga al establecimiento de mecanismos que hagan posible su cumplimiento.

Sin olvidarnos del Comité de Empleo consultivo establecido en el art. III-208 para fomentar la coordinación entre los Estados miembros de las políticas de empleo.

Por todo lo expuesto, pese a mantenerse vigente parcialmente, el alcance normativo de la Ley Básica de Empleo de 1980 era muy limitado, mostrándose obsoleta para atender cuestiones de suma importancia para la programación, aplicación y gestión de la política de empleo, tales como: la definición de un nuevo Servicio Público de Empleo (SPE), las competencias del Servicio Estatal y de los Servicios Públicos de las Comunidades Au-

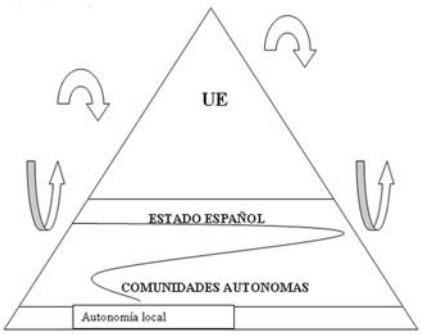
– aumentar la cobertura y la eficacia de las medidas activas del mercado de trabajo para las personas desfavorecidas, en particular las personas jóvenes, con discapacidad, inmigrantes y en paro de larga duración; completar la moderniza– de los servicios públicos de empleo, incluido el sistema de seguimiento estadístico; potenciar la coordinación entre los servicios de empleo regionales; hacer frente a los demás obstáculos a la movilidad geográfica,
– establecer una estrategia exhaustiva de envejecimiento activo que ofrezca modalidades de trabajo flexibles e incentivos a los trabajadores de más edad para que permanezcan más tiempo activos y formándose. Invertir más, y de forma más eficaz, en capital humano y educación permanente:
– reducir el abandono escolar y garantizar la calidad y la pertinencia de la educación terciaria con respecto al mercado de trabajo,
– potenciar los incentivos al aprendizaje permanente para aumentar la participación, en particular la de las personas poco cualificadas.
DECISIÓN DEL CONSEJO de 4 de octubre de 2004 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2004/740/CE): Se mantienen las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros establecidas en el anexo de la Decisión 2003/578/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (1) y los Estados miembros las tendrán en cuenta en sus políticas de empleo».

11539-556-Estado autonomico60 15/10/05 11:03 Página 546



tónomas, las pautas de coordinación y cooperación entre ambos, los instrumentos de intermediación laboral o la relación entre las políticas activas y pasivas de empleo. Todo ello para responder en el ámbito de la Unión Europea al circuito que cada año se recorre para establecer la Política Social del Empleo en Europa con escasas innovaciones (arts. III-206).

## III. LA LEY 56/2003 DE EMPLEO: LA POLÍTICA DE ARMONIZACIÓN Y COORDINACIÓN (LE)[11]




La Ley 56/2003, de Empleo, (en adelante LE) se incardina en el marco de la globalización de la economía y el progreso de integración europea lo cual ya no permite pensar y actuar sólo en clave de Estado soberano. La estrategia de coordinación de políticas iniciada en la Unión Europea –política económica, a través de las Grandes Orientaciones de Política Económica, y política de empleo, mediante las Directrices de Empleo a los Planes nacionales de acción para el empleo, en coordinación con la estrategia de inclusión social– obliga al Estado español a establecer objetivos cuantificados de actuación con desempleados, toda vez que la Unión Europea vincula la distribución de fondos europeos (Fondo Social Europeo) al logro de dichos objetivos, lo que necesariamente obliga al establecimiento de mecanismos que hagan posible su cumplimiento. El triángulo trata de expresar lo que intenta la LE con respecto a la coordinación de las competencias entre lo que se ordena desde la Unión Europea y la coordinación de la Administración Central, Autonómica y Local, si bien las Comunidades Autónomas detentan un espacio de soberanía que no se puede soslayar.

En este contexto, esta Ley tiene por objetivo incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del pleno empleo, en línea con lo que reiteradamente los Jefes de Estado y de Gobierno han ve-

[11] Sobre esta Ley: CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo Derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 diciembre, de empleo», AS 19, 2003.

11539-556-Estado autonomico60 15/10/05 11:03 Página 547



nido acordando en las cumbres de la Unión Europea, desde el inicio del proceso de Luxemburgo hasta su ratificación en la Cumbre de Barcelona.

Desde una perspectiva de armonización del nuevo modelo con la actual distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de política de empleo, los objetivos se centran en asegurar la cooperación y coordinación entre las Administraciones implicadas de modo que se logre la máxima efectividad movilizando y optimizando todos los recursos disponibles.

El instrumento nuclear para conseguir tal finalidad es el Sistema Nacional de Empleo, considerado éste como un conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo, que tiene como finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo en los términos acordados en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Lisboa. Dicho Sistema está integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas. Sus órganos son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. Sus instrumentos, el Plan Nacional de Acción para el Empleo, el Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo y el Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo. La participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en dicho sistema, así como en los Servicios Públicos de Empleo Estatal y de las Comunidades Autónomas, además de ser necesaria en un modelo constitucional como el español y respetuosa con nuestros compromisos internacionales, aporta, finalmente, mayores garantías de cohesión y éxito al proyecto (arts. 3 y 4 LE).

¿Y cómo se puede conjugar el poder establecer un programa de empleo con determinadas subvenciones si no se siguen las directrices de la Política de empleo de Europa y del Estado Español? Lo que parece claro es que hasta ahora sobre la base del art. 149.1.13 de la Constitución las Autonomías han dispuesto de programas de empleo diferentes con el único límite del 60% del coste del contrato de trabajo entre la ayuda estatal y la autonómica[12].

El contenido estatutario en materia de política de empleo es disperso, si bien algunos Estatutos de Autonomía recogen que adoptarán aquellas medidas que tienen a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica[13]. El sistema nacional de empleo comprende también a las Comunidades Autónomas:

> ***Art. 4º.*** Se entiende por Sistema Nacional de Empleo el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo.

---

[12] Sobre este tema MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Derecho al trabajo y políticas de empleo», en AAVV *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Cood. SEMPERE NAVARRO, V., MTAS, págs.1345-1347.

[13] Sobre las diferentes normas autonómicas de fomento del empleo, LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección laboral*, Ed. Marcial Pons, pág. 155-158.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 548



El Sistema Nacional de Empleo está integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas.

Y para poder establecer la coordinación de las políticas de empleo se establecen determinados órganos:

*Artículo 7.* Órganos del Sistema Nacional de Empleo.
1. Los órganos del Sistema Nacional de Empleo son:
a) La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, que es el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo y especialmente en la elaboración de los Planes Nacionales de acción para el empleo. Así mismo le corresponde la aprobación del Programa anual de trabajo del sistema nacional de empleo.
b) El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo. El Consejo estará integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas. Para la adopción de acuerdos se ponderarán los votos de las organizaciones empresariales y los de las organizaciones sindicales para que cada una de estas dos representaciones cuente con el mismo peso que el conjunto de los representantes de ambas Administraciones, manteniendo así el carácter tripartito del Consejo. Reglamentariamente se determinarán sus funciones, en consonancia con las atribuidas al Sistema Nacional de Empleo por el artículo 9 de esta Ley, entre las que se encuentra la de consulta e informe del Plan nacional de acción para el empleo y del Programa anual de trabajo de dicho Sistema Nacional de Empleo.
2. La coordinación del Sistema Nacional de Empleo se llevará a cabo principalmente a través de los siguientes instrumentos:
a) El Plan nacional de acción para el empleo.
b) El Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo.
c) El Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo.

## III.1. LA ORGANIZACIÓN ENTRE EL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL Y LOS SERVICIOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: COORDINACIÓN

Hasta llegar a la LE la organización territorial del Estado y el desarrollo del llamado *Estado de las Autonomías*, ha permitido transferir a todas las Comunidades Autónomas –excepto País Vasco, ciudades de Ceuta y Melilla– la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación[14].

[14] El traspaso de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación ha sido disciplinado por las siguientes normas ordenadas cronológicamente: RD 1050/1997, de 27 de junio (RCL 1997\1905 y LCAT 1997\364), sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña; RD 1375/1997, de 29 de agosto (RCL 1997\2363 y LG 1997\357), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia, ampliado por RD 232/1998, de 16 de febrero (RCL 1998\593 y LG 1998\76); RD 2673/1998, de 11 diciembre (RCL 1998\3031 y LCV 1998\404), sobre traspaso a la Comunidad Valenciana; RD 150/1999, de 29 de enero (RCL 1999\454 y LCAN 1999\105), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias; modificado y ampliado por RD 115/2000, de 28 de enero (RCL 2000\435 y LCAN 2000\271); RD 811/1999, de 14 mayo (RCL 1999\1539 y LNA 1999\433), sobre traspaso a la Comunidad Foral de Navarra; RD 30/2000, de 14 enero (RCL 2000\327 y LCM 2000\613), sobre traspaso a la Comunidad de Madrid; RD 11/2001, de 12 de enero (RCL 2001\241 y LPAS 2001\19), sobre traspaso al Principado de Asturias; RD 664/2001, de 22 de junio (RCL 2001\1620 y LEXT 2001\162), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura; RD 1187/2001, de 2 noviembre (RCL 2001\2815 y LCyL 2001\433), sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León; RD

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 549



Lo que se ha pretendido con la LE es la integración de España en la Unión Europea y la necesidad de atender a los objetivos de la política comunitaria de empleo.

Su Título I trata, del Sistema Nacional de Empleo que, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónoma, se presenta como *el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo*. Por su parte, el Título II se ocupa de los instrumentos de la política de empleo, identificados en la intermediación laboral y las llamadas políticas activas de empleo.

En primer lugar, se identifica al sujeto con capacidad decisoria en esta materia: el Estado, desde luego, pero también disponen de ésta las Comunidades Autónomas. Y queda claro igualmente que, *la política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por la Constitución Europea*. En realidad, por tanto, la política de empleo se concreta mediante la interacción de tres instancias decisorias concurrentes (Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas) y la coordinación de las políticas nacionales de empleo en el marco de una estrategia europea por el empleo; tal y como en realidad viene ocurriendo desde que el Tratado de Amsterdam fijó al empleo como una de las bases de la Europa Social, luego reiterada en el Consejo Europeo extraordinario sobre el empleo celebrado en Luxemburgo. Incluso, para ser rigurosos, a estas tres instancias habría que añadir, precisamente como consecuencia de la Estrategia Europea de Empleo, la *llamada dimensión local de la política de empleo*:

> *Artículo 4.* La dimensión local de la política de empleo.
> De acuerdo con lo establecido en la Estrategia Europea de Empleo, las políticas de empleo en su diseño y modelo de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local.
> De conformidad con la Constitución, con los Estatutos de Autonomía y con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas establecerán los mecanismos de colaboración oportunos y en su caso de participación con las corporaciones locales para la ejecución de los programas y medidas de las políticas activas de empleo.

Por todo ello, establecido en el art. 3º de la LEC la superioridad de los criterios emanados de la Unión Europea en materia de empleo, este pre-

---

1268/2001, de 29 noviembre (RCL 2001\2966 y LIB 2001\374), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; RD 1379/2001, de 7 diciembre (RCL 2001\3185 y LLR 2001\230), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de La Rioja; RD 1418/2001, de 14 diciembre (RCL 2001\3254 y LCTB 2001\264), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria; RD 646/2002, de 5 julio (RCL 2002\1738 y LARG 2002\354), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón; RD 1385/2002, de 20 diciembre (RCL 2002\3006 y LCLM 2002\391), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; RD 467/2003, de 25 abril (RCL 2003\ 1167 y LAN 2003\256), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía; RD 468/2003, de 25 abril (RCL 2003\1154 y LRM 2003\161), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 550



cepto señala como competencias estatales que el Gobierno ejercita *a través* o a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales:

a) la coordinación de la política de empleo,

b) la aprobación de los proyectos de normas con rango de Ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo, protección por desempleo, formación profesional ocupacional y continua en el ámbito estatal, así como el desarrollo de dicha ordenación,

c) la gestión y control de las prestaciones por desempleo y

d) la elaboración, de conformidad con la Estrategia Europea de Empleo y con la participación de las Comunidades Autónomas y de los agentes sociales, de los planes nacionales de acción para el empleo.

Por su parte, las Comunidades Autónomas son competentes para:

a) el desarrollo de la política de empleo,

b) el fomento del empleo y

c) la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas.

En particular, las Comunidades Autónomas *en sus respectivos ámbitos territoriales, establecerán sus programas de empleo, de acuerdo con las obligaciones establecidas por la Estrategia Europea de Empleo, a través de los Planes nacionales de acción para el empleo*

Lo que queda muy claro es que la cooperación y coordinación entre las Administraciones con competencias en materia de empleo, se mecaniza a través del Sistema Nacional de Empleo y los instrumentos del sistema son, por una lado, la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, como órgano general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo al que corresponde la elaboración de los Planes nacionales de acción para el empleo y la aprobación del Programa anual de trabajo del sistema nacional de empleo; y, por otro, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, como órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo.

Ahora bien, podemos decir que se está yendo hacia una ocupación de la competencia de las Comunidades Autónomas en lo que atañe a la política de empleo. Por que la cuestión es: ¿Qué les queda a las Comunidades Autónomas a la hora de establecer una política de fomento de empleo?

El Parlamento de Cataluña el 13 de febrero del 2004 ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Estado 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y en concreto contra los preceptos[15]:

[15] DOGC de 22 de marzo del 2004, págs. 28-a 33. BOE 14 de mayo del 2004.

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 551



– art. 3.º1. párrafo segundo, en lo referente a la expresión «fomento del empleo» en relación al apartado 2 del mismo artículo.

– El art. 3.3. párrafo segundo.

La Disposición Adicional cuarta.:

> Los programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos, cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma sin que implique la movilidad geográfica de los desempleados a trabajadores participantes en los mismos, podrán ser gestionados por el Servicio Público de Empleo Estatal cuando precisen una coordinación unificada y previo acuerdo entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las Comunidades Autónomas en las que vayan a ejecutarse los citados programas[16].

Las competencias estatales y autonómicas sobre la ocupación son concurrentes y compartidas. Por lo que respecta a las políticas activas de empleo de la Generalitat de Cataluña, según el art. 11.2 EAC el Estado central tiene competencias legislativas y reglamentarias y la Generalitat tiene la ejecución. Aunque la Generalitat, según el Parlamento, tiene competencias para regular su propia política activa de empleo.

La base para entender que tales artículos, citados anteriormente, en concreto sobre todo el art. 52 del Estatuto de Autonomía de Cataluña permitiría la política de fomento del empleo, que si bien, no es a través de normas laborales sino a través de articularla sobre la política económica.

La Disposición Final primera de la LE entre los Títulos competenciales establece que esta Ley se dicta al amparo de lo establecido en los apartados 1.1ª, 1.7ª y 1.17ª del artículo 149 de la Constitución. El artículo 13.e) se dicta al amparo de lo que establece el artículo 149.1.13ª de la Constitución. Por ello, de los títulos competenciales sólo el art. 149.1.13. de la CE y el art. 13.e) de la LE permitiría cierto grado de autonomía por parte de la Comunidad Autónoma para establecer una política propia de fomento del empleo.

Igual sucede en el Real Decreto 1046/2003,de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua, cuando el título competencial para atribuir las competencias es el de la legislación laboral (149.1.7). Pero todo ello hace que, considerando que en el ámbito europeo también se establecen un plan y unas directrices, la soberanía del Estado español aparezca diluida.

También es verdad que en la Ley Básica de Empleo de 1980 la idea de planificación estaba presente y la nueva LE no establece claramente las labores de regulación y las estrictamente ejecutivas[17].

---

[16] Ver la Disposición Adicional novena de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, donde se hace la reserva a favor del Estado de esta partida presupuestaria.

[17] MONTOYA MELGAR, A., CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Ed. Civitas, 2004, pág. 40

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 552



Por si fuera poca complicación la articulación entre el Estado y la Comunidad Autónoma, la LE llama a la Administración Local para completar el marco gestor del empleo. En el art. 4º de la LE, como hemos visto, las políticas de empleo deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local. El origen de esta llamada lo encontramos en el Reglamento 1262/1999 de la UE, y es a partir del año 2000 cuando la Comisión de las CCEE redacta una Comunicación de 7 de abril de 2000 sobre Actuación local a favor de empleo.

La Ley de Bases de Régimen Local no establece claramente la competencia de las entidades locales en esta materia, si bien es verdad que los ayuntamientos tienen una infraestructura de fomento de empleo, y la relación hasta ahora con el Instituto Nacional de Empleo (en adelante SEPE) es el programa de colaboración INEM-corporaciones locales.

Lo que queda claro es que resulta difícil repartir competencias y la Generalitat de Cataluña ha visto ciertos problemas de competencias, pero además es muy difícil generar un espacio decisorio en las Comunidades Autónomas cuando sólo se tiene la posibilidad de gestión aunque hasta el momento la actuación ha sido el establecer una competencia de fomento del mercado de trabajo.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 158/2004, de 21 de Septiembre, STC 95/2002, de 25 de abril, 190/2002, de 17 de octubre, y 230/2003, de 18 de diciembre no sirven para resolver las posibles dudas sobre la posible vulneración de la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el fomento del empleo con el establecimiento de un programa propio para la Comunidad Autónoma.

### III.2. LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA VASCO

En la Propuesta de Estatuto Político de Euskadi presentado por el Lendakari el 25 de Octubre del 2003, y votado por el Parlamento Vasco el 30 de Diciembre en lo que atañe a las competencias de empleo, en primer lugar establece como objetivo de su política la adopción de todas aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica.

A continuación en el art 53 establece.– Políticas socio-laborales y de empleo:

> 1. Se atribuyen a la Comunidad de Euskadi todas las potestades y funciones públicas necesarias para establecer y regular su ámbito socio-laboral propio. Ejercerá sus competencias en materia sociolaboral atendiendo a los derechos y obligaciones esenciales de trabajadores y empresarios definidos en los ámbitos estatal y europeo.
> 2. Corresponden a la Comunidad de Euskadi la potestad legislativa y la potestad de ejecución en materia laboral, de empleo, formación y prevención de riesgos laborales. A tal fin, la Comunidad de Euskadi podrá organizar, gestionar y tutelar, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 553



citadas, incluida la función inspectora, sin perjuicio de la colaboración y cooperación con el Estado.

4. Las instituciones vascas establecerán los oportunos instrumentos bilaterales con el Estado y la Unión Europea para la colaboración y cooperación en el ejercicio de las competencias en materia laboral. Las relaciones de carácter financiero derivadas del ejercicio de éstas, incluida la participación en fondos de ámbito estatal o europeo, se sujetarán al sistema de Concierto Económico previsto en este Estatuto, atendiendo al principio de solidaridad.

Con la introducción de este artículo se vulneraría el marco competencial del art. 149.1.7 de la Constitución Española y por ello sería necesaria una reforma del Título VIII.

Además, completando lo anterior entre las políticas exclusivas legislativas del Estado Español en el art. 45 del texto desaparece la legislación laboral. Con ello no habría choque entre el Estado Español y el País Vasco, pero todavía quedaría en la cúspide de la pirámide la Unión Europea para establecer las directrices de la política de empleo.

## IV. LA POLÍTICA DE FOMENTO DEL EMPLEO COMO RESPUESTA AL DERECHO AL TRABAJO

La cuestión que se debe plantear es: ¿Por qué una política de fomento del empleo? Según el art. 40 del capítulo III, Título I de nuestra Carta Magna, «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica y de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». La Unión Europea tenía por misión promover un alto nivel de empleo y de protección social. Observamos que la diferencia entre el objetivo de nuestra Constitución y el Tratado de la Unión Europea ha desaparecido en la Constitución Europea. Mientras el objetivo apuntado en nuestra Carta Magna es el pleno empleo, en la Unión Europea era un alto nivel de empleo, hasta la llegada de la Constitución Europea, que no admite un número de personas desempleadas. Pero el principio rector de la política económica y social del pleno empleo tiene una implicación en el derecho fundamental al trabajo. El art. 35 de nuestra Carta Magna regula este derecho, deber que aparece también en el contexto del Derecho Internacional Público. Hemos de entender que estamos ante un Derecho insertado en el Título I, Capítulo II y un principio rector de la Política Social de nuestra Carta Magna. El derecho fundamental según el art. 10 de la Carta Magna debe interpretarse conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Por ello para poder establecer la necesidad de una política de fomento de empleo debemos en primer lugar tratar el origen del derecho al trabajo en las Declaraciones y Tratados Internacionales. El mercado no puede funcionar sin el Estado y el Estado es a la vez señor y servidor de la

11539-556-Estado autonómico60 15/10/05 11:03 Página 554



economía[18]. Son manifestaciones iguales de una misma fuerza. Y esas manifestaciones permiten la aparición de grupos que participan en los procesos políticos no desde dentro con sus electos sino desde fuera mediante presiones y mediante acuerdos. De ahí, como ha reflejado[19] JULIA LÓPEZ, el origen de las subvenciones en las Comunidades Autónomas, en algunos casos, son acuerdos encardinados en la Concertación Social de las Comunidades Autónomas[20]. La intervención administrativa en las relaciones económicas del Estado Social de Derecho trata de ponderar los diversos intereses para corregir las disfunciones del mercado y tratar de conseguir un determinado fin que es el bienestar de la mayoría. Pero hoy nos encontramos en una situación política en la que el experimento del Mercado Común Europeo hace necesario diseñar un modelo de relaciones en el que la lucha por las ayudas, las subvenciones, las cuotas de mercado, repercuten en el empleo, objetivo tanto de la Comunidad Europea como de los Estados miembros. Un modelo competitivo en una economía social de Mercado. La opción de los poderes públicos se traduce en una política de fomento consistente en subvenciones[21], beneficios fiscales, bonificaciones a la cotización a la Seguridad Social, en una palabra ayuda para los costes laborales.

La idea de fomento administrativo tiende a una intervención para poder conseguir unos determinados logros[22]. Un ejemplo de los logros de los Poderes Públicos aparece al enumerarse en los Principios rectores de la Política Social y Económica de la Carta Magna (art. 40, política de pleno empleo y art. 41 desempleo) y en el Título V de la misma el fomento de las Cooperativas en el art. 129 que indirectamente supone fomento del empleo. En las Comunidades Autónomas observamos también en los Estatutos de las mismas una política de pleno empleo, salvo Madrid y Navarra que no menciona absolutamente nada sobre el tema del empleo, y La Rioja, Cantabria y el País Vasco que no mencionan el pleno empleo como objetivo básico[23].

---

[18] Sobre este tema una visión actualizada el artículo de, PREDIERI, A.: «Estado y mercado: la osmosis como elemento cualificador y legitimante», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* nº 17, 1995, 9-68.

[19] LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de Relaciones Laborales y de protección social*, Ed. Marcial Pons, 1993, pág. 151-158.

[20] Sobre este tema también: DE VAL ARNAL, J.J.: «La Concertación Social en las Comunidades Autónomas», *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas.* 1991. 1989-1990, págs., 348-378. (1992). «La institucionalización de la concertación social en las Comunidades Autónomas. Los Consejos de Relaciones Laborales y los Consejos Económicos y Sociales». *Jornadas sobre el Estado y las Comunidades Autónomas.* Lleida. Editorial Tecnos 1991. pág. 195-202.
«La necesidad de la concertación social ante la política de Convergencia del Gobierno». *Cuadernos Jurídicos.* nº 6. 1993.

[21] Dos trabajos resultan básicos para la consulta: FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La Subvención: Concepto y régimen jurídico,* IEF, Madrid,1982. DÍAZ LEMA, J.M.: *Subvenciones y crédito Oficial en España,* IEF e ICO, Madrid, 1985.

[22] Sobre una clasificación de la actividad de fomento: MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho Administrativo Económico,* La Ley, 1988 pág. 441 y sgs.

[23] Sobre este tema MULAS GARCÍA, A.: *Legislación Laboral y de empleo y Doctrina Constitucional,* MTSS, 1986, págs. 49-81.

11539-556-Estado autonomico60 15/10/05 11:03 Página 555



En el País Vasco con la Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales, se establece en su art. 4º que:

> Artículo 4. Promoción del empleo.
> 1. Teniendo en cuenta que frente al paro la principal solución pasa por la creación neta de empleo, todas las medidas de promoción del empleo que a continuación se indican se entenderán como complementarias o correctoras, en su caso, de las políticas generales dirigidas al desarrollo económico general.
> 2. Las Administraciones públicas vascas competentes promoverán el empleo mediante las siguientes medidas:
> La introducción, mediante acuerdos entre los agentes sociales, de mecanismos de reparto de empleo basados fundamentalmente en la combinación de la reducción del tiempo de trabajo, la eliminación de horas extraordinarias, la introducción de mecanismos flexibles de organización y la promoción de nuevas contrataciones.
> La identificación y el desarrollo de nuevos yacimientos de empleo, así como de nuevos sectores económicos.
> Medidas de acción positiva destinadas a favorecer la integración laboral de los colectivos más desfavorecidos, y en particular de las mujeres, de los jóvenes, de los parados de larga duración, de los discapacitados físicos y de cuantas personas tengan especiales dificultades de inserción laboral por encontrarse en situación de exclusión social.
> Medidas de acción positiva a favor de zonas geográficas especialmente afectadas por la crisis económica.
> Medidas de acción positiva destinadas a facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales.

Por ello, las Comunidades Autónomas para poder conseguir el pleno empleo o la política de la mayor tasa de empleo establecen los Programas de Fomento de empleo[24].

## V. CONCLUSIONES

1.– Con la nueva Constitución Europea, la Constitución Española y la Ley de Empleo la distribución de competencias sobre el fomento del empleo no deja espacio, a pesar de que expresamente se recoge en el art. 3.2. de la LE, para que las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial desarrollen una política de empleo propia. Sólo les queda la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas, para una política propia de medidas activas de empleo.

2.– El marco centralizado de una política de empleo en Europa responde a las tendencias de la globalización de la economía y en concreto del mercado de trabajo.

3.– Las Reformas de los Estatutos de Autonomía deberían introducir una política de empleo entre sus competencias, dentro del marco de la Constitución Europea.

---

[24] Sobre el tema ROJO E., y VIDAL, I.: *Estudio de las medidas de formación y fomento del trabajo autónomo en las Comunidades Europeas. Informe de síntesis*, Madrid, FUNDESCOOP, 1992. También en la Revista INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA, Mayo 1994, pág. 61-71, monográfico correspondiente a la Economía Social.

11539-556-Estado autonomico60 15/10/05 11:03 Página 556



4.– El proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco necesitaría de una Reforma Constitucional del Título VIIII en lo que afecta a la competencia sobre legislación laboral, al establecerse como competencia propia del País Vasco la Legislación laboral y su desarrollo.

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:05 Página 557

# EXTRANJERÍA Y TERRITORIALIDAD: CRÍTICA DE UNA SINRAZÓN DE ESTADO

**Fernando Oliván***
*Profesor de Derecho Constitucional*
*Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

¿Es posible territorializar las competencias migratorias? La nueva dimensión del fenómeno migratorio, sobre todo por las nuevas realidades que aporta, junto a la gran oportunidad que se abre con la crisis del modelo estatutario, hacen posible, hoy más que nunca, esta pregunta.

La presente comunicación no pretende agotar el tema, ni mucho menos, ni siquiera se propone en el marco técnico-jurídico del análisis del los artículos 148 y 149 de la actual Constitución. Todo esto tendrá que llegar y quizá sea ya necesario el concurso de los expertos, sin embargo, el marco conceptual que aquí nos proponemos es previo: es justamente el de la posibilidad lógico-jurídica de una solución territorial en el tema migratorio. Y aquí la palabra solución necesariamente la tengo que cargar con los tintes clásicos de la vieja etimología civilista.

Cuando el profesor Tajadura me pidió que una reflexión sobre estos extremos –coincidentes, además con el encargo que me hizo el también amigo, profesor Manuel Balado para el Institut International des Sciences Politiques– he de confesar que era un tema que había quedado al margen de mis anteriores trabajos sobre extranjería, pese a mi propuesta en el año 2002 de promover una reunión de trabajo de responsables territoriales de políticas migratorias. Mi cordial relación con Salvador Obiols, Omer Oké, Tomás Vera, Pedro Moya, etc., en algunos casos de auténtica amistad, me habían llevado a discutir aspectos concretos de la responsabilidad autonómica en materia de extranjería, sin embargo nunca había incorporado este punto como matriz para aportar nuevos caminos en el análisis de teoría de las instituciones.

Es más, las propuestas que había escuchado, incluso en boca de estos mismos responsables, siempre me parecieron «alicortas», meramente administrativistas, sin el coraje de profundizar en las auténticas raíces del tema. Las propuestas maximalistas terminaban desbordando la cuestión en crítica absoluta al estado, mientras que, desde las administraciones

---

** Fernando Oliván es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Abogado, responsable del Aula de Migración del Colegio de Abogados de Madrid, Profesor del Centro de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja. Miembro de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía.*

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 558



territoriales, se mantenía una continuidad en determinados parámetros que parecían reconocer en todo caso que, como sucede con esas tres o cuatro otras competencias radicalmente estatales, tales como defensa, política exterior o la antigua competencia monetaria, el tema de extranjería quedaba definitivamente reservado al estado o, a lo sumo, a esa Europa que viene.

*«Colaboración»*, esa era la palabra repetida como máxima exigencia. Lo que se busca es, me insistían, una colaboración entre administraciones. Asistir en la gestión, movilizar conjuntamente recursos para facilitar los procesos más o menos administrativos en la tramitación de los derechos de los extranjeros. Ir más allá parecía no interesar a nadie, abdicando desde un inicio toda voluntad de comprensión radical del tema.

La pregunta que formulo desde esta comunicación que tan gentilmente me invitan a pronunciar viene a desbordar este marco conceptual para cuestionar si esto es necesariamente así. Todavía ni siquiera me pregunto si es deseable o, incluso, conveniente, sino solamente si es posible. En definitiva: las relaciones de extranjería, ¿Son necesariamente competencia estatal? ¿Hay alguna lógica que así lo determine?

Mi acercamiento a una respuesta se ha desarrollado en dos sentidos, como veremos en los parámetros de esta exposición. He partido desde la realidad de hoy. El derecho de extranjería es hoy por hoy una corriente necesariamente tributaria de la fuente estatal. Derecho del Estado en sentido estricto. Ni siquiera he percibido la duda en la totalidad de las administraciones que tímidamente han ido creando Secretarías Generales, Direcciones Generales u otros entes administrativos con voluntad de incorporar su actividad a esa competencia. Sin embargo, profundizando en el análisis histórico, los perfiles de las instituciones de extranjería se diluyen hasta hacerlos compatibles con marcos normativos muy diferentes. Por eso la mirada que propongo mira hacia el pasado –abriendo una reflexión sobre esas otras preocupaciones– pero, sobre todo, mira hacia el futuro, entendiendo que posiblemente debiéramos ir abandonando un marco conceptual que, eso queremos demostrar, no se incorporó más que como mero error de la historia, lógica del equívoco en el que, sin saber por qué, nos hemos ido instalando.

Las conclusiones de todo esto pretenden ser, también, necesariamente radicales. Hoy por hoy, frente a la visión anquilosada que mantiene ese discurso estatista, promovido, incluso, por las administraciones autónomas, la realidad nos dice que resulta ya un sistema definitivamente superado. Ha demostrado con creces su fracaso histórico en las necesarias reformas que ha sufrido desde su misma enunciación en la década de los ochenta. La precisión de un modelo europeo más o menos armonizado, pero sobre todo, la presión de un nuevo paradigma jurídico reclama definitivamente la construcción de un nuevo orden jurídico en esta materia. Nuestra apuesta es que este nuevo orden deberá ser ya definitivamente territorial si quiere sobrevivir a los próximos años y más aún si quiere

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 559



contribuir a la necesaria construcción de una convivencia cualificada en nuestro continente.

La historia del orden de extranjería reclama, decimos, una doble atención. De entrada en la percepción de un eje sobre el cual se ha deslizado la acción estatal a lo largo de sus dos siglos de eficacia, pero, y sobre esta dimensión axial, una percepción de densidades. Partamos de éstas últimas.

En un anterior trabajo, «*El extranjero y su sombra*» (Madrid 1998), proponía el juego dialéctico entre extranjería y nacionalidad. Frente a la idea común e inmediata de que el extranjero es, como lo definen la mayoría de los autores, aquel que carece de la nacionalidad del país de referencia, mi perplejidad surgía cuando, en el recorrido dialéctico del discurso a lo largo de esa misma historia, se percibía justamente lo contrario: es en la realidad de los rasgos del extraño donde las sociedades han ido construyendo la identidad del grupo propio. La nación no sería, por lo tanto, y tal y como titulé aquel trabajo, más que la sombra del extranjero. Percibimos antes los rasgos de extrañeza que los de identidad. En cambio, la cercanía con los míos, el trato diario, su identificación inmediata, me hace verlos, no como iguales, sino como distintos.

Con un simple vistazo distingo al portero de mi casa del tendero de la esquina y a éste de todos y cada uno de los colegas de mi universidad. De lejos distingo al rector del decano. Les veo diferentes porque les conozco, el trato diario con ellos me ha hecho aprender estas diferencias. Desde la inmediatez soy incapaz de percibir nada en común entre todos ellos. Es al otro al que termino confundiendo de entre los suyos. Negros, chinos, nórdicos, al verlos tan distintos a mí y confundirlos entre sí, me permiten incorporar una idea abstracta de su pertenencia a la negritud, al oriente o a las estepas nórdicas de Europa. Es frente a esta percepción como reconstruyo esa idea de pertenencia entre los «míos». La presencia de esos otros a los que no distingo de entre sí me permite recrear la ilusión de que los cercanos a mí son iguales a mí mismo. Nos recordaba el gran clasicista VERNANT que los griegos incorporaron a su lengua antes el vocablo «bárbaro» que el de «heleno», muestra, explicaba, de que les fue más fácil distinguir quienes eran los otros que el encontrar una sustancia común entre los suyos.

El nacionalismo supo hacer de este juego de perspectivas que sólo funciona en el marco presencial de la tribu, un instrumento radicalmente nuevo. La naturaleza surgida del estado terminó construyendo la realidad ficticia de la nación. La polémica entre BONAPARTE y TRONCHET no sólo recrea la dialéctica entre el *ius soli* y el *ius sanguinis* en el derecho de nacionalidad, sino también y sobre todo, el profundo cambio de paradigma en las relaciones de extranjería: frente a un mundo, el del «Ancien régime» en el cual la extranjería no tenía otra función e interés para el derecho que el marco del derecho privado en la definición de la ley personal para los procesos sucesorios, nace un derecho nuevo, moderno, codificado y estatal, ya plenamente nacionalista, donde el protagonismo político corresponde al ciudadano. En oposición a la óptica de

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 560



Burke, el nuevo hombre que nace se define ya necesariamente como soberano, he ahí la imperiosa necesidad de definir el censo de esos nuevos titulares de la soberanía y con ello la primera calificación publicista del tema de la nacionalidad y su, innecesaria como veremos, vinculación al concepto de nación. El Estado nacionalista ensueña la construcción de un Estado natural donde territorio y población terminan confundiéndose. Fusión perfecta, como ya apuntara R. BARTHES, y que hará del derecho de la nación el propio derecho natural del país.

Las fronteras naturales recrean el espacio de esa naturaleza donde la población –los nacidos, naturales o nacionales, términos que terminan siendo intercambiables– se identifican con las raíces del solar en que habitan. Ya Pericles termina no encontrando mejor elogio para los caídos en las guerras con Esparta que llamarles «*autóctonos»,* es decir, nacidos en la misma tierra (o aún mejor, de la misma tierra, como les sucede a los guerreros de Cadmo, origen de la genealogía de Tebas. El seno de la tierra deviene no sólo madre nutricia sino auténtica madre biológica de todos los suyos).

La Revolución Francesa rompe así con la relación privatista que había sustentado las relaciones de extranjería, ese *droit d´aubaine* que hacía de esas relaciones un auténtico sistema vinculado a las relaciones del paisaje, y las convierte en un sistema político, vinculando su definición al mismo espacio del poder. Como decimos, nos es lo mismo la propuesta de BONAPARTE que la de TRONCHET, la una deseosa de incrementar el número de «*hijos*» de la patria que sepan llenar las filas de un ejército hambriento de hombres, la otra más temerosa de la reacción de los países vecinos que pudieran verse tentados a establecer una reciprocidad que afectase a los bienes de los franceses en el extranjero, mera distinción social en el fondo a la hora de cerrar el círculo de la nación. Lo importante es que se redimen todas esas perennizadas situaciones de extranjería, judíos, hugonotes y otras estirpes definidas durante siglos como extranjeros y que, definitivamente se declaran franceses. El sueño nacionalista creyó con ello que resolvía definitivamente el problema: un Estado para una nación. Unas fronteras naturales que daban definitiva seguridad a todos los nacidos.

Sin embargo la realidad, nuevamente, fue más tozuda que el empeño de los hombres. Comerciantes, vagabundos, trabajadores, viajeros, exiliados, algún que otro turista, terminaron rompiendo esa unidad alcanzada: la respuesta a esta realidad tozuda bascula entre la naturalización forzosa, la expulsión directa o el reconocimiento de su propia extranjería. El constitucionalismo del siglo XIX construye ahí toda una saga de esfuerzos conceptuales para terminar asumiendo esa presencia exterior pero lo hace entre el miedo y la incomprensión, vinculando definitivamente el tema en el llamado Derecho de extranjería.

Es sobre esa realidad compleja sobre la que gravita la respuesta pronunciada por el Estado. Es ahí donde empezamos a percibir la dimensión estatista del modelo que hoy reconocemos en nuestro entorno. Un sistema que ha construido su eficacia sobre un eje: del ejército a la policía, desde

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 561



una primera instancia de respuesta que deposita en la autoridad militar la plena competencia en el control de la extranjería, incluso en el ámbito judicial sometido como estaba al fuero castrense, hasta un moderno orden policial que, paralelo a la unificación de fueros, ha terminado confiriendo a la policía toda la competencia de control y gestión. Eje bajo la dinámica del control y la sospecha y que coloca al extranjero bajo el síndrome del miedo: de enemigo a delincuente, es decir, de posible emisario de la potencia enemiga (espía, incluso) a peligro en sí mismo en cuanto viene a rapiñar los bienes de la nación. Así se queja Emmanuel GREA, miembro de la Sociedad Nacional de Agricultura, en el Jura: «*Todos aquellos que han visto la guerra se sorprendieron de la manera remarcable con que el ejército enemigo conocía la ubicación de todas nuestras defensas. Recordemos que somos un departamento fronterizo y preguntémosnos por qué se deja ahí circular a tantos desconocidos que van por todo, que lo ven todo y que pueden dar cuenta de todo...*» El discurso se daba en 1901 y en él se vincula definitivamente la condición de enemigo y delincuente de todos esos extranjeros que ve circular por su región.

Los siglos XIX y XX colocan las relaciones de extranjería bajo este marco específico. Marco de control decimos y que, fruto de la pasión clasificadora de esa antropología naciente en el árbol de las ciencias sociales, pronto recaló en el instituto de la documentación. Y es ahí ya, donde podemos apreciar ese otro factor que anuncié al principio, la específica densidad de los conceptos.

Aún hoy, nuestro Código Civil reconoce como nacionales, dice, a los hijos de padre o madre españoles proyectando una tautología hacia el pasado generacional sin que, en ningún momento –salvo en ese mítico momento fundacional– podamos saber qué es esa naturaleza específica de la españolidad; al final será ese recuerdo más o menos extendido de esa posesión de Estado, generación tras generación, la que termine configurando la nacionalidad, proyectando la imagen mítica de una filiación directa con la tierra.

Nacionalidad y extranjería terminan no siendo más que meras circunstancias inscritas en el recuerdo y, por ende, en el olvido como propondrá el propio Renan consciente de la multitud de esos otros recuerdos condenados en mor del gran mito de la patria. O mejor, aún, como apostillará GELLNER, de recuerdos inventados que nos llevar a creer que nuestros antepasados fueron, para todos, aquellos íberos de la edad de piedra. «*Nuestros antepasados los galos»,* repetían al unísono, en la escuela infantil francesa de comienzos del XX, miles de niños árabes, negros, indochinos, como también vascos, judíos, etc., sin percibir contradicción alguna con la propia conciencia de su identidad.

Partamos por lo tanto, de esta única realidad, es sobre esta conciencia, sobre esos nombres, huecos, quebradizos, falsos, sobre los que necesariamente tenemos que construir toda esta falsa ciencia –también ciencia

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 562



jurídica– sobre la que pretendemos fundar la radical distinción entre ciudadanos nacionales y extranjeros.

Clasificar y nombrar. Una técnica para construir el nuevo saber moderno. El concepto de ciencia termina aplicándose también al hombre en sociedad: documentar. Una identidad que deja de tener unos perfiles locales pese a que sólo en ese marco local era posible el auténtico reconocimiento, para pasar a ser competencia exclusiva del Estado, ¡cómo si el Estado supiera algo de mi historia y mis antepasados! Principio de igualdad, puede, pero sobre todo principio de control. Si antes sólo los hidalgos –esos hijos de alguien en cuanto reconocían sus nombres– tenían apellidos, ahora todos, nacionales o extranjeros se ven abocados a esa plantilla de identidad que, de entrada, da por supuesta la nacionalidad. Las nuevas tecnologías de la época aportaron el resto: huella dactilar, anotaciones antropométricas, la naciente fotografía, la firma como constante grafológica... Pura mecánica de control.

El modelo tiene su unidad conceptual vinculada íntimamente a la idea de nación. De entrada el reconocimiento (mítico) de una identidad básica, esa nación construida bajo el síndrome de la idea de naturaleza, sueño de un nuevo estado natural donde, dentro de sus propias patrias naturales consiga la identificación entre derecho de la tierra –sea o no codificado– y derecho natural. La realidad es que nada más lejano a la propia naturaleza como espacio de vida. Y en medio de todo ello, un sueño: la posibilidad de producir una individualidad que, a la vez, determine la identidad nacional. La máquina conceptual que vendrá a resolver este dilema, auténtica cuadratura del círculo, será la «carta de identidad», ese carné que, como premonición de la propia cadena de ADN, propondrá sustentar (léase producir) la misma personalidad de cada uno.

Control de la identidad como instancia para el resto de controles que requería una sociedad que nacía al industrialismo, control de los grupos, posibles enemigos interiores como anotará por esa misma época el gran SIMMEL. Gitanos, vagabundos o directamente extranjeros, reconstruyen esa extranjería de la que tanto se quejaba nuestro diputado por los Jura.

Clasificar como forma de producir: control sobre el trabajo, sobre la propiedad, sobre las ideas –he ahí el naciente asilo– no será extraño que ese mismo sistema, abocado a su perfección técnica en la primera mitad del siglo XX, llegue a las simas del nazismo con la marca tatuada sobre la piel, la Estrella de David o la «O» –anagrama de *oest*– que identificaba a los trabajadores eslavos (¡Y esclavos!) del régimen nazi. Reconstrucción de «*un mundo feliz*»: cada uno en su sitio, en el justo sitio que designa la producción. Comunismo y fordismo le darán luego su nota de color para hacerlo tragable al resto del siglo.

Sin necesidad de llegar a este extremo, la documentación ha terminado sustituyendo al principio de la personalidad como elemento de identidad de cada uno, como nos recuerdan esos mismos inmigrantes recla-

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 563



mando un papel –«los papeles»– no ya como soporte de su propia identidad, metáfora de su persona, sino directamente núcleo de su propia naturaleza y base de su derecho. A la postre, así lo ha tenido que reconocer la propia Ley de Extranjería al asumir el «natural» derecho de cada uno a disponer de una documentación identificatoria. El medio se ha convertido, definitivamente, en fin en sí mismo.

La segunda mitad del siglo XX llega ahí a su punto álgido, cenit de un modelo que, desmontada la propuesta «izquierdista» de NAPOLEÓN en su proyecto de Código Civil, termina sumergiéndose en la mística del control. El desarrollo a lo largo de los primeros lustros del siglo XX del sistema de pasaporte y visado dan debida cuenta de ello. Baste un ejemplo: hasta la Gran Guerra sólo la Rusia zarista emitía este tipo de documento, y esto era interpretado y justamente, así nos lo recuerda el profesor Celso LAFER, como el sistema de control que un régimen tiránico establecía sobre sus propios súbditos.

A partir de ahí el camino estaba ya trazado, luego vendrá la espléndida escuela de Vichy y su desarrollo de las «*cartas*» y «*carnés*» de identidad y que supo superar a sus maestros nazis, más adelante los modernos sistemas que proponen incorporar «chips» que contengan hasta los datos genéticos de cada persona. Clasificar, documentar e identificar. Proceso de creación de la personalidad de espaldas a toda la labor de la Ilustración desarrollada a través de los nacientes Códigos Civiles. El derecho había caído en su propia trampa.

Nuestra pregunta se posa ya necesariamente aquí: ¿Era ésta la única vía posible? Parto de una postura militante que da por supuesto que no, pero también pretendo documentarla. De entrada, como hemos visto, el modelo de naturalización a lo largo de los siglos XVIII y XIX está íntimamente unido a la idea local. El domicilio es el que, a la postre, juega como catalizador último de todas las relaciones de nacionalidad y extranjería. Es el domicilio el que, también, define la presencia del extranjero: serán las minas del Sarre como los trabajos agrícolas en los viñedos de Borgoña o la intensa actividad constructora en la región de l´Ille de France la que determinará, tanto antaño como hoy, la llegada de esos extranjeros. La vida, pese al discurso grandilocuente de la «globalización», se sigue desarrollando en el espacio concebible de la mirada y esta mirada, necesariamente nos remite al paisaje, o mejor aún, a un paisanaje, a la gente de nuestro alrededor.

Por eso, pese a que vivimos en un mundo global, la realidad es que las relaciones de la vida se siguen desarrollando en ese espacio concreto y abarcable. Es ese marco del territorio donde se produce el conocimiento entre la gente de donde derivará esa posesión de estado que, a la postre, determina la nacionalidad como hemos visto. Nos basta reflexionar sobre la misma condición de nacionalidad establecida en nuestra ley civil: es español, nos dice el Código Civil, el hijo de padre o madre españoles. Mera tautología que únicamente arrastra hasta la generación anterior el problema: ¿Tengo alguna forma de averiguar si recibí realmente esa herencia de la

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 564



nacionalidad? Como en los viejos libros de pureza de sangre la escala hacia atrás podría llevarnos hasta..., ¿Hasta donde?, ¿Hasta perderse la misma idea de nación española? ¿Alemanes venidos a colonizar Sierra Morena, o japoneses residentes *in illo tempore* en Coria del Río, moriscos tras la reconquista, judíos, visigodos, romanos, cartagineses, íberos?, ¿dónde pondríamos el mojón que marque el término desde donde arrancara la auténtica identidad de lo español? Afortunadamente nada de esto es necesario, esa posesión de Estado, ese asentamiento ahí –en el domicilio de cada uno– termina resolviendo el problema, al reconocer plenamente la identidad nacional. En definitiva, unos a otros nos reconocemos y con esto basta.

Quizá ahí radica la magistral intuición de RENAN en su famosa conferencia en la Sorbona: «*Una nación es un plebiscito de todos los días*», podríamos añadir, una voluntad de futuro más que un recuerdo de pasado, una conciencia de intereses compartidos más que una masa de recuerdos de dudosa catadura. Como ya hemos dicho, Renan nos insiste: «*una nación se basa en el olvido*» aunque, más pesimista, GELLNER apostillará a su vez: «*más aún, en recuerdos inventados*». Pero ya volveremos sobre esto más tarde.

Hasta aquí la mirada hacia atrás. De entrada la extraña vinculación del tema a las competencias estatales no fue la consecuencia lógico-jurídica de un exquisito desarrollo de las premisas del concepto de nacionalidad, todo lo contrario, fue la mera mecánica utilitaria del control, desarrollada a través de uno de los aparatos más queridos por las ciencias sociales de la época, la documentación, la que determinó las soluciones. Fue esa máquina la que devoró todos los planteamientos jurídicos y se adueñó de toda la carga publicista de la materia. Como en tantos otros momentos de la Historia: el órgano terminó creando la función.

Los vaivenes entre el *ius soli* y el *ius sanguinis* a la hora de vincular la nacionalidad demuestran, *a fortiori*, lo contingente del tema. La nación no ha tenido nunca empacho de alargar su manto reconociendo como nacionales a quienes ha querido y necesitado. ¿No reconoció a la comunidad judía de Argelia como franceses de toda la vida? La mano sabia de Napoleón III apreció ahí que con ello sumaba 35.000 franceses a los 90.000 de la colonia, equilibrando el peso de los nativos y con ello el control de la provincia. Como luego, algunos diputados «indigenistas» como se les denominaba en la época, propusieron la misma operación con respecto a lo más afrancesado de la comunidad árabe argelina, intento último de evitar futuras crisis coloniales. Interesantísima la respuesta de la Administración de Argelia a la solicitud de naturalización colectiva de la población indígena musulmana presentada por los diputados de izquierda MICHELLIN y GAULIER: «*Ciertos arabófilos reclaman la naturalización en masa de los musulmanes. El argumento esgrimido principalmente invoca el precedente de la naturalización de los judíos. Como si se reparara un error cometiendo otro...*»

Es cierto: un error no rectifica otro, Pero, ¿Por qué un error? La sociología política verá ya ahí, y con razón, la matriz del discurso antisemita que luego llevará al caso Dreyfuss y, sobre todo, al nacimiento de ese típico racis-

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 565



mo europeo de raíz colonialista. De momento yo me quedo con la expresión: «lo de los judíos fue un error, pero, una vez hecho –parece decirnos el diputado– no nos queda otra que dejarlo». ¡Nada más lejos que una ciencia exacta!, qué digo, de una mera ciencia. Un sistema que asume con esa facilidad sus errores también puede llegar a cuestionar el mismo criterio del error. ¿Dónde quiero llegar? Sencíllamente: a duras penas tenemos criterio para saber quien es nacional y quién es extranjero, y si algún criterio nos cabe sólo puede basarse en criterios territoriales. Es esa vecindad, esa posesión de Estado, grabada en el recuerdo de los vecinos y su reconocimiento, la que determina únicamente, mi relación con la nación.

Una primera conclusión: El derecho de nacionalidad y con ello la definición de la extranjería, no es –no ha sido– en absoluto reflejo de una determinada concepción de la nación. Dicho brutalmente, no hay relación alguna entre el concepto abstracto y solemne de «*Nación*» y las mecánicas concretas que determinan la «*nacionalidad*» de cada uno. Aunque, es cierto, haya una constante música de fondo que nos remite a esa idea publicista del estado en su concepción mítica, la realidad es que el proceso se ha desarrollado por sus propios cauces, fundamentalmente articulados alrededor de políticas demográficas, del control de los «indeseables» y de producción. El instrumento documental, en cierto grado, ha pasado de medio a fin en sí mismo, de instancia al servicio de un proyecto, a fundamento y objeto de toda la política de nacionalidad y extranjería. El extranjero deambula, así, entre sus múltiples anotaciones, como una figura ambigua y no como una realidad determinada. Aniquilada su personalidad bajo la estructura documental se convierte en un incapaz, ve, así, reducida su capacidad de obrar que se somete a continuas y previas autorizaciones tuteladas por el estado e incorporadas a su documentación. O, en el extremo del sistema, se ve directamente privado de toda capacidad jurídica al carecer de esos necesarios «papeles» que le proporcionan la personalidad. Un pequeño giro fonético, una mera reestructuración del lexema, desplaza radicalmente el centro de la atención jurídica: de la «*identidad*» a la «*identificación*». De la carga ilustrada y dieciochesca de los códigos civiles, a la competencia policial y administrativa de los siglos XIX y XX.

Resumiendo: la mirada sobre el pasado nos muestra una realidad distinta a la que proclaman los libros de texto: como ya hemos apuntado, la desvinculación radical de ese falso binomio de nacionalidad-extranjería de donde se dedujo, también falsamente, el necesario sometimiento al estado de la ordenación jurídica de la materia. Lejos de esa exigencia, vemos una extranjería vinculada a la persona, al derecho personal de cada uno y no a esas concretas preocupaciones de finales del XIX y de prácticamente todo el siglo XX en los temores de sus campesinos, frente a los pequeños saqueadores que deambulan por los campos y que, incalificables, terminan siendo considerados como extranjeros. Será el nacimiento de una técnica, fruto de las propias preocupaciones de aquella sociedad, no exenta de una profunda carga racista, la que en esos últimos años del siglo XIX recreará la extraña dicotomía entre nación y ex-

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 566



tranjería. Fronteras difusas que solo la potencia clasificadora de las modernas ciencias sociales supo rediseñar con un trazado riguroso.

Pero también nos proponemos una mirada hacia el futuro. Una mirada desde el presente hacia delante y donde tampoco la razón estatista resulta bien parada. Y es que, desde esa exigencia de futuro, tampoco encontramos nada que nos exija un tratamiento bajo el viejo concepto del estado nacional. Es más, analizando las relaciones de extranjería desde el hoy actual ya percibimos que el marco definidor de la extranjería requiere, y cada vez más, un tratamiento territorial. Comunidades autónomas y municipios pasan a absorber casi en su totalidad las claves del sistema, como a la postre ha terminado por reconocer el mismo legislador estatal a lo largo de estos años de cambio siglo. La larga crisis de la Ley Orgánica 4/2000 nos da la respuesta.

Hemos dicho que las relaciones de extranjería, a lo largo de esos siglos XIX y XX se habían definido sobre el eje dialéctico «enemigo-delincuente» y que llevó a un tratamiento militar-policial de la materia. Esa ideología subyacente es la que promueve la mecánica documental que, subsumida a su vez en la pujanza de unas ciencias demográficas articuladas alrededor de la estadística sobre datos personales, termina abocando a un modelo de extranjería asentado, casi en exclusiva, sobre el control de documentos de identidad. La «*prueba del nueve*» de esta interpretación ha sido la mecánica de contagio del sistema que ha llevado a reproducir, también en los nacionales, la clasificación individualizada a través de sus propias cartas de identidad, Documento Nacional de Identidad (D.N.I.), se le llamó en el caso español, sin percatarse de la triple falsedad que encierra el concepto.

El siglo XX termina, sin embargo, con una crisis del sistema. Crisis coincidente, algo más que pura casualidad, con las fuertes corrientes desintegradoras del Estado moderno. El Estado, en expresión de FERRAJOLI, deviene «*demasiado grande para las cosas pequeñas, pero demasiado chico para las grandes*». La globalización económica y cultural, la construcción de Europa y la superación de las fronteras interiores, pero también el despertar de una conciencia territorial desde perspectivas superadoras de posiciones nacionalistas, recrean el «Estado moderno que ve reducidas, una a una, sus viejas competencias políticas y jurídicas. Gran parte de las políticas económicas, en su plenitud la política monetaria, cada vez mayores porciones de las políticas sociales y desde Amsterdam y el nuevo tratado de la Constitución Europea, aspectos sustanciales de la misma política de extranjería. Todo esto desde el imán competencial de lo europeo. Desde la perspectiva territorial, el proceso deviene complementario de ese orden. Y también aquí la crisis viene a recorrer el mismo sistema de extranjería.

Como hemos comentado el modelo migratorio cambia con el siglo y a la mecánica basada en el sistema de control, el eje enemigo-delincuente, le sucede una nueva mecánica articulada bajo el concepto de integración.

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 567



Recientemente vengo de publicar «*Constitución y extranjería*» (Madrid 2004), donde propongo asentar el mismo concepto de integración en su raíz constitucional, provocando un diálogo entre el Preámbulo de la Constitución y el posterior desarrollo normativo. El rizo lingüístico y conceptual que supone la poderosa enunciación de ese mismo texto del Preámbulo posibilita claves de lectura suficientes para dislocar el concepto de ciudadanía de la exigencia de nacionalidad. Es más, esa nacionalidad viene a constituirse básicamente como un vínculo de futuro, un proyecto de justicia, libertad, seguridad y el bien común de todos cuantos la INTEGRAN. El uso de este mismo término, por parte del legislador del 2000, a la hora de articular las nuevas relaciones de extranjería, nos abre necesariamente una interpretación generosa que incorpora, también, a esos extranjeros al proyecto constitucional.

El concepto «integración» deviene por lo tanto la nueva piedra angular del sistema. Un concepto repleto de historicidad pero sobre todo, absolutamente abierto a nuevas interpretaciones por descubrir y del que, de entrada, podemos remarcar como su nota más distintiva, la enorme carga social que entraña. La propuesta de interpretar estas relaciones de extranjería desde este nuevo ángulo se instala en medio de la crisis del otro modelo, el represivo y que, en el caso español, ya nació viejo y herido de muerte en la misma Ley del 85. Tanto la Ley de Asilo como luego la de Extranjería devinieron, así, desde su nacimiento, obsoletas. El fracaso de la primera regularización acompañada de la Ley pronto demostró la necesidad de, contra el espíritu y la letra de esas mismas leyes, abrir un sistema paralelo al que ya se marcó como integrador. De esta manera el sistema ha funcionado sobre dos raíles, el primero de base legal, represivo, inspirado en el viejo modelo policial, y un segundo más o menos informal, actualizado constantemente desde la sociedad civil y, en algunos casos, desde administraciones territoriales y la jurisprudencia, que optaron definitivamente por esa mecánica integradora que poco a poco se ha ido adueñando de la materia hasta hacerse visible en el actual sistema normativo.

El mismo Estado terminó quedando encerrado en esta dialéctica: de esa manera, el término integración, como concepto ubicado en el sistema de extranjería, apareció ya en la misma década de los 80. La Proposición No de Ley, como el Plan para la Integración Social de la Inmigración que le siguió así como la gran regularización del 91 consolidaron una línea que, poco a poco, ha terminado por dominar el sistema. Luego el concepto recaló en el Reglamento de aplicación de la Ley del 85 para, ya en la reforma de 2000, terminar asentado en la misma enunciación de la norma orgánica: «*Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.» No me cabe duda de que, ni siquiera la Ley 4/2000 es todavía una plena Ley de integración, su articulado todavía está repleto de viejos resabios documentalistas y represivos, más aún la Ley 8/2000 que se configuró como auténtica «*contrarreforma*» del sistema frente a las supuestas veleidades «*socializantes*» de la ley anterior, o la misma y posterior

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 568



reforma con la Ley 14/2003, que, aunque nuevamente moderadora de los excesos contrarreformistas, tampoco termina por definir plenamente un modelo de integración pleno, pero la línea quedó ya marcada y resultaba imparable, como se manifestó en algunos de los textos de las demandas de inconstitucionalidad que se interpusieron frente a los recortes que propuso la Ley de 22 de diciembre. El argumento esgrimido en muchos casos habló del principio de «*irreversibilidad del estado de derecho*» como base del moderno Estado social que se deduce del sistema de la Constitución.

Concepto comprensible, decimos, desde su propia historicidad en la relación dialéctica que impone entre sociedad y derecho y desde la que ha sabido superar las viejas fronteras. El derecho se presenta aquí como nueva punta de iceberg de un movimiento que recorrió a la sociedad entera: ONGs, colegios de abogados y otros colectivos profesionales, las Iglesias así como numerosas administraciones locales y comunidades autónomas rompieron con esa posición de rechazo que había dominado la escena a lo largo de prácticamente dos siglos. Dialéctica entre sociedad y derecho que encontró en los operadores jurídicos el punto de inflexión. Fue la acción continuada, algunas veces concertada, pero la gran mayoría de las veces fruto de la mera aplicación de la teoría de los Grandes Números, la que, a golpe de autos y sentencias, fue abriendo auténticas brechas en la estructura represiva del viejo sistema. Conceptos como «*reagrupación familiar», «exención de visado», «razones humanitarias», «regularización», «vínculo familiar»,* etc. aparecieron antes en la jurisprudencia que en la normativa y antes que en aquella, en los escritos atrevidos de los abogados que, recreaban estos conceptos ante la urgencia de encontrar solución a auténticos dramas humanos.

De las resoluciones judiciales, pronto se pasó a esa estela de resoluciones administrativas de órdenes, decretos, reglamentos, para, ya definitivamente, recalar en la Ley con la gran reforma de 2000 y con ello devenir un concepto de plena eficacia legal. Un proceso que fue paralelo en toda Europa como acredita la vibrante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo al recrear, también a golpe de sentencia, el embrión del sistema de protección que luego abocaría a la Carta de Derechos de la propuesta de Constitución Europea.

¿Cuál fue el detonante de esta crisis? Alguna vez se ha planteado que el viejo sistema de extranjería (¡Ojo! Aún vigente en más de un 75% pese a estar decapitado en su enunciación jurídica) ponía en crisis la misma idea de «Estado democrático. Frente a la idea revolucionaria de una identidad entre población y territorio tal y como soñó el nacionalismo, las mecánicas de extranjería llevadas al extremo en el último cuarto de siglo abocaban a una recreación del Antiguo Régimen, donde un mismo territorio era compartido por distintos derechos, provocando toda una escala en la capacidad de obrar y de la misma personalidad. No eran sólo dos categorías de derechos subjetivos: nacionales repletos de derechos y extranjeros, devenidos minuscapacitados precisos siempre de previas y

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 569



continuas autorizaciones necesarias para completar su capacidad de obrar, basta recordar que, hasta bien entrados los noventa, hasta la misma jurisprudencia consideraba la falta de permiso de trabajo como vicio radical que convertía en nulo el mismo contrato de trabajo. Junto a esta dicotomía las categorías se multiplicaron hasta devenir una escala insostenible: «*comunitarios», «residentes de larga duración», «estudiantes», «transeúntes», «indocumentados», «ilegales»,* hasta una diversa catadura de expulsables o, incluso, «*inexpulsables*», auténtidos parias que, a fuerza de despersonalización, devenían intocables.

Un terrible juego sobre las capacidades de obrar, pero en el fondo también sobre la misma capacidad jurídica y la personalidad que recuperaba la memoria de tiempos predemocráticos o, incluso, como algún autor proclamó, de la misma esclavitud. La esclavitud que se denunció en los extranjeros no era tanto su explotación sino el limbo jurídico que recreó en su entorno y que hizo de algunas de estas categorías auténticos ex-hombres carentes de personalidad. Claro está que el mundo aún vería venir el «limbo» de Guantánamo, demostración de que siempre las cosas pueden ir a peor.

El gran interés que tuvo el proceso es que incidió, de forma brutal, en el campo de los derechos sociales. La despersonalización que sufrió el extranjero, su minuscapacidad jurídica, no era idéntica a la padecida por la mujer otrora o el menor hoy día, ésta carencia de capacidad, al menos ya en el siglo XX, fue meramente civil. Frente a esta situación, la nueva minuscapacidad de extranjería, se articula en medio del espacio de los derechos sociales: empleo, vivienda, educación, sanidad, asistencia, todo ello, además en algunos casos, sobre una subjetividad específica: mujer, menor, juventud, pobreza, etc., lo que convertía a las Administraciones competentes en todos estos campos en las auténticas gestoras de la materia migratoria.

Y es aquí donde se produce el segundo acto de esta crisis y que abre el tema a las modernas formas de organización territorial. De pronto, todas estas políticas: mujer, vivienda, empleo, sanidad, educación, etc., se ven confrontadas a una carencia insostenible al imponer su articulación sobre realidades poblacionales engañosas. Era lógico por lo tanto, que fueran justamente los responsables de estas políticas los que terminaran reclamando el control sobre esas cifras de población sobre las que el Estado practicaba el más grosero de los autismos: carentes de documentación, carecían de existencia. El reclamo de una territorialización del problema estaba servido, lo que impuso como primera cautela la aparición de diversas instancias administrativas dedicadas a..., Ahí queda la dura, ¿cuál es la competencia de esas direcciones generales, secretarías generales, etc., que se fueron creando? Algo afectaba la materia de extranjería a estas políticas territoriales, pero aún no había sido encontrada la razón última de esta afección. El viejo discurso documentalista impedía, todavía, un planteamiento nuevo del sistema.

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 570



Y con ello volvemos al principio. El cierre de un ciclo que nace con la Revolución Francesa y que, fracasado en su proyecto de identidad entre territorio y población, se vio abocado a crear todo el orden de extranjería. Un orden, como hemos visto, vinculado a una óptica de rechazo y que, a lo largo de dos siglos, avanzará sobre ese eje de la sospecha militar y luego policial que terminó convirtiendo al extranjero o en un enemigo o en un delincuente (aún hubo últimos sobresaltos como lo es cierta identificación de la extranjería con los nuevos horrores de fines del siglo XX: terrorismo, trafico de drogas, y tráficos humanos y que tanto gusta a algunos altos funcionarios europeos).

Auténtico eje de la sospecha que hará recalar la materia en la nueva ciencia policial de la documentación. He ahí el punto de inflexión que nos ha interesado remarcar y desde cuya casual imposición se construyó la afección estatalista de la materia.

La tesis que hemos venido a sostener es justamente esa: el discurso de la necesaria estatalización de las competencias de extranjería es el fruto de un elemento meramente circunstancial, la vinculación del tema de extranjería al aparato de documentación desarrollado por los Estados nacionales europeos tras las crisis revolucionarias del último cuarto de siglo XIX. El problema fue que reducido todo el sistema a un mero tema de documentación, las altas presiones migratorias del último tercio del siglo XX se han convertido en un problema al que resulta difícil encontrarle soluciones. La «neurosis» documental es la razón de esas aberraciones que hoy padecemos: los llamados «sin papeles». Patología lógico-jurídica que, a fuerza de torcer el derecho, ha terminado confundiendo sus más sagrados principios. Frente a la identidad ilustrada entre persona y ser humano que reclama el derecho civil, la pesada máquina administrativo-policial llegó a asentar la personalidad en el mero papel. BRECHT lo sintetiza magistralmente en su famoso diálogo de refugiados: «*El pasaporte es la parte más noble del hombre. Un ser humano puede fabricarse en cualquier parte, de la manera más irresponsable y sin ninguna razón sensata; un pasaporte jamás. De ahí que lo reconozcan cuando es bueno, mientras que un hombre puede ser todo lo bueno que quiera y, sin embargo, no ser reconocido*».

La expresión de BRECHT es mucho más profunda que el puro sarcasmo que produce. La persona es el mero portador de un pasaporte, auténtico rizo jurídico que desvincula a la persona de todo su valor jurídico. El contertulio del Sr. ZIFFEL, protagonista del anterior diálogo, pone así el contrapunto al identificar al hombre como el mero soporte del pasaporte, como esa caja de caudales donde se guarda un importante paquete de acciones: el valor no está en la caja, ni siquiera en las mismas acciones, meros signos que remiten al auténtico valor que está, sin embargo, en las empresas. El pasaporte será la «acción» del Estado y su valor dependerá de su potencia económica y política. Con ello el ciudadano queda reducido no a ese soporte del valor, la documentación nacional de cada uno, sino

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 571



a la mera caja fuerte donde se guarda. En la frontera, en definitiva, terminamos midiéndonos por el valor de nuestros pasaportes

Frente a la propuesta del humanismo ilustrado y que abocará a la raíz revolucionaria, la modernidad tardía incorpora no solo la distancia entre el signo y su significado, sino que en una doble articulación, convierte al significado en nuevo y mero significante. El valor pasa radicalmente de la persona al Estado, devenido el auténtico referente del pasaporte. Lo que termina midiendo esa máquina representativa no es, como aprecia radicalmente BRETCH, el valor de cada uno sino el valor del estado del que proceden. De ahí la consideración que en la frontera se da a esos pasaportes según de donde procedan, ¿Qué tienen que ver el pasaporte de un suizo, un europeo o un canadiense con el de un marfileño o un ecuatoriano? El primero abre todas las puertas mientras que el segundo directamente las cierra. La divisa y el pasaporte devienen así unidades de medida convirtiendo al hombre en mero portador de las mismas.

El problema es cuando ese hombre, como sea, y resulta aquí difícil poner puertas al campo, termina colándose y conviviendo entre nosotros. A partir de aquí el juego del valor, como un parchís diabólico, empieza a funcionar: ese hombre pronto cambiará –pura basura– los fajos de billetes que trae escondidos en la faltriquera, esas inútiles monedas son pronto olvidadas al recrear su economía en auténticos euros, la economía abierta o sumergida le hace ingresar plenamente en la realidad. A partir de aquí ya no es el famélico portador de títulos despreciados sino que pasa a disponer de valores reales fruto de su trabajo. En esto la economía deja poco margen para la imaginación burocrática. Sin embargo el otro valor –el pasaporte– es otra cosa. La documentación que se creó para producir mecánicas de control policial se ha convertido en saco sin fondo de esta imaginación perturbada. Un empeño maldito parece imponerle que siga actuando con un instrumento al que ese mismo Estado le ha negado todo valor, haciendo padecer al individuo, por su mera nacionalidad, el fracaso del Estado del que procede. Medio siglo nos va a costar salir de semejante embrollo, pero, mientras, hemos creado auténticas bolsas de miseria, resentimiento y terror que resultará difícil desinflar. Los ejemplos no faltan en absoluto.

Es cierto que, al principio, esta mecánica perversa importaba poco, eran las épocas del milagro alemán y de los otros milagros económicos. La crisis de crecimiento de las economías continentales dejaban espacio suficiente para mirar hacia otro lado cuando ese pasaporte sonaba a...chino (permítaseme la licencia), para eso se construyó ese gran tinglado del Estatuto de Refugiado. «*Si el pasaporte se te cae a pedazos te lo cambiamos por otro más bonito y de color azul diseñado por la Convención de Ginebra*». ¡Que magnífica propaganda en medio de la Guerra Fría!. Europa abierta a todos los perseguidos por razón de la justicia. Pura propaganda. Bastó la crisis del petróleo y la flecha del paro en la década de los 70 para que esa misma y generosa Europa planteara el triple cie-

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 572



rre de sus fronteras. A partir de ese momento la perversión del sistema terminó contaminándolo todo.

El problema es que ya estaban aquí y seguían llegando y que la pesada máquina de documentación-expulsión a duras penas podía resolver el 5% de los casos. Es aquí cuando se comprende que la óptica estaba equivocada. Será la propia sociedad civil, como hemos dicho, la que, viva, productiva, compuesta por hombres y derecho, supo reaccionar y presentar su plante.

Con ello volvemos a una toma integral de la posición de la persona del extranjero. Propuesta que entraña contemplar su entidad como ese ente complejo que es el hombre en su dimensión jurídica. Sin saberlo ni quererlo hemos vuelto a Pufendorf y con ello al humanismo de la posición civilista, es decir, a la propia doctrina de la personalidad como atributo irrenunciable del ser en cuento nacido. De nuevo vemos expulsado el concepto de extranjero a la dimensión que tuvo en la historia, reducida su eficacia a la mera consideración del derecho propio de cada uno como parte de su propia naturaleza jurídica. Mero *droit d´aubaine*.

Este *telos*, esta *meta*, ha sido, así, un proceso complejo donde ha contribuido con igual fortuna toda una serie de dinámicas, eso sí –y esta es la tesis que aquí sostenemos–, íntimamente unidas a la activa presencia de una Sociedad Civil enriquecida por la pasión del derecho. Una sociedad civil entendida en la potencia radical con que la entendieron los *ilustrados* escoceses del XVIII y que, pese a ellos mismos, fue el motor intelectual y material de la Revolución Francesa. Pasión por una sociedad cívica, ciudadana, incrustada en medio de la polys, más aún, ella misma polys en esa plenitud que Hegel reconoce al Estado.

Pues sí, es esa Sociedad civil la que, a través de esas dos mecánicas, una voluntaria y consciente, fruto de su propio deseo de plenitud, la otra encontrada, reflejo de unas circunstancias acumuladas por la propia lógica de los hechos, la que llevó a romper la baraja, a reclamar un cambio de paradigma, a proponer una óptica distinta recreando, desde sus raíces, las relaciones de extranjerías.

Dos mecánicas decimos, la primera fruto de esa urgencia de defender el mismo Estado de derecho. La sociedad democrática, en su desarrollo como Estado de derecho, había caído en una trampa engañosa que amenazaba con tragarse su destino: la quiebra del imprescindible principio de igualdad. Las relaciones de extranjería habían ido recreando, como hemos visto, las estructuras de las sociedades segmentadas predemocráticas. Como era lógico, la sociedad reaccionó de forma activa. Es aquí donde hay que isntalar todo ese movimiento que movilizó *iglesias,* sindicatos, ONGs, partidos políticos, asociaciones, jueces, abogados, irritados hasta la saciedad de ver reeditada esa persecución incomprensible que Víctor Hugo inmortalizó en «*Los Miserables*». Ahí se incardina toda esa jurisprudencia que llevó al mismo derecho a reaccionar, con esa fi-

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 573



neza propia de lo jurídico, y que pronto terminó por desinflar la potencia represiva de muchos de esos instrumentos jurídico-policiales.

Movimiento paralelo –no podía ser de otra forma– al despeje de todas esas otras antiguallas que, pese a los dos siglos desde la Revolución Francesa, siguen imponiendo su lastre en la convivencia democrática: los resabios machistas en la organización de la familia de donde se deducen los sobresaltos trágicos de la violencia doméstica, la insostenible presencia, en el campo del derecho público, de aristocracias y monarquías cada vez más arrinconados al folklore y a la *prensa rosa*, o la misma pena de muerte y la tortura, hoy ya incomprensibles en una auténtica democracia. Antiguallas, decimos, que paso a paso, van siendo expulsadas al basurero de la historia. (Interesantísimo el rechazo de Víctor HUGO, al que venimos de mencionar, a estos horrores: la insoportable discriminación de la mujer y la pena de muerte).

De la misma manera resultaba incomprensible que ese otro, vecino en el rellano de la escalera, colega en la fábrica, condiscípulo en el pupitre, compadre en tantas otras instancias y con el que llevo conviviendo desde hace años, termina sometido a un derecho distinto, reducido en su calidad de persona, sometido a unas cargas que desconoce cualquier otro ciudadano. Un régimen de sometimiento, un «*apartheid light*» que terminó siendo incompatible con la realidad democrática de la sociedad moderna.

Pero también una segunda mecánica y ésta, como hemos apuntado, encontrada de sopetón por la propia dinámica de los hechos. Pese a esa minuscapacidad que quiso mantenerlos alejados de la vida social, pese a ese disvalor de su persona, ese ser seguía viviendo entre nosotros, cogiendo nuestros autobuses, requiriendo vivienda, usando los hospitales y acudiendo a nuestras escuelas. Aún recuerdo cuando se requería la presencia de asociaciones como «*Médicos del Mundo*» para atender los partos de las extranjeras «*sin papeles*». De nuevo la ficción resultó insostenible, los hospitales abrieron sus puertas, lo mismo pasó con las escuelas. Principios como el derecho a la salud, a la educación, al domicilio terminaron primando sobre las meras consideraciones administrativas. Los colegios de abogados turnaron la justicia gratuita conscientes que hacer lo contrario supondría violar el sagrado derecho a la defensa. Luego la ley vendría a sancionar todos estos encuentros entre la realidad y el derecho.

El problema, como ya hemos apuntado, vino en que todas estas materias, justicia, transporte, sanidad, educación, servicios sociales, etc., eran competencias territoriales. Competencia de los ayuntamientos y comunidades autónomas.

Con ello se volvía a la vida real frente a la ficción irracional de una ciudadanía vinculada a la nacionalidad. Vinculación que, a su vez, saltó en pedazos desde otros puntos de vista.

No me refiero sólo al reconocimiento expreso de otras nacionalidades en el marco de la Constitución. Pueblos de España los denomina el Preám-

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 574



bulo de la Carta Magna. Bien claro queda que se refiere a vascos, catalanes, castellanos, andaluces... Pero, ¿Por qué no también a los gitanos?, ¿Son o no un pueblo reconocible en ese pronunciamiento del texto constitucional? Por otro lado, el texto habla de «*pueblos de España*» y no de pueblos españoles. La utilización del genitivo no es, tampoco, casual. Venía a articular el sustantivo España como una entidad geográfica, evitando, así, la susceptibilidad nacionalista de ciertos territorios. ¿Sería traducible por «pueblos en España»? ¿Ecuatorianos en Murcia?, ¿Marroquíes de Lavapiés?, ¿Son, también, pueblos de/en España? No necesitamos ir más allá para abrir la puerta a un multiculturalismo que tampoco aportaría nada. Pero es que la desintegración del concepto «*nacionalidad*» es mucho más simple.

El Estado postindustrial en el que nos encontramos es el que, en el fondo, está expulsando los viejos conceptos sobre los que se basó el Estado nación. Del ciudadano-soldado que ensoñó Napoleón y el nacionalismo territorial se pasó al ciudadano-operario base del Estado industrial, con ello se recrea el eje ciudadanía-territorio por el de ciudadanía-industria. Es ahí donde, tras la II Guerra Mundial, se establecieron las bases de la estructura nacional industrial, soporte de lo que luego Thomas MARSHALL en los «50», denominará «*ciudadanía social*».

El Estado social o del bienestar, pese a las diferencias que encierra cada uno de estos conceptos, estableció un vínculo entre la riqueza del país y la lealtad de sus ciudadanos. Superación de la «lucha de clases» y que, alrededor de una naciente clase media, construyó las ideas de «*pleno empleo», «seguridad social», «sector público», «industria nacional»*, etc., es decir, la misma idea de bienestar centrada alrededor de una determinada calidad de vida. El Estado se comprometía a garantizar esos mínimos de calidad de vida que llevaba a que «todos» se sintieran satisfechos del Estado en que vivían. Pacto keynesiano se denominó: la sociedad aceptaba la riqueza y el lujo a cambio de un fuerte Estado burocrático garante de una supervivencia digna –calidad de vida, la denomina la Constitución– y una participación directa en el poder a través de los partidos, sindicatos y de una fuerte presencia social y política en la vida corporativa: ayuntamientos, regiones, comunidades, empresas públicas y organizaciones de masas.

Bienestar para todos, claro está, para todos los socios, es decir, para todos los titulares de esa cartilla de la Seguridad Social, de esa ciudadanía repleta de derechos económicos, comensales ante una misma mesa, ahí estaban los sindicatos para poder garantizarlo. La necesidad de proteger el reparto de estos beneficios construyó la legitimación de la exclusión de los extranjeros. La propia metáfora de «*la tarta a repartir*» impuso su mecánica interpretadora. El ciudadano terminó viendo un número prefijado de porciones difícil de expandir. Además, esta idea, la dichosa metáfora, servía de forma maravillosa en la tarea disciplinadora del mercado de trabajo: a unos, con la amenaza de nuevos comensales y con

11557-576-Estado autonómico61 15/10/05 11:06 Página 575



la zanahoria de más abundantes postres, y a los otros, los extranjeros, con la esperanza de llegar algún día a la mesa, o el palo de una expulsión que haría inútil el sufrimiento de tantos años de espera.

Pero hoy, hasta ese discurso se ha vuelto insostenible. Todos estos factores se han ido rompiendo. La globalización con sus secuelas de internacionalización de la economía, deslocalización empresarial, dolarización de los intercambios, etc., ha terminado por disolver los factores positivos que aportaba el sistema de fronteras y la idea decimonónica de soberanía: Ni la tarta está ya aquí –¡Se la han llevado!–, ni nadie ya me garantiza que siquiera pueda olerla. Esta crisis es especialmente visible en los dos extremos sociales: en las clases ejecutivo-empresariales, cuya internacionalización ha terminado por disolver toda idea de comunidad nacional y, por otro lado, en esa pobreza desclasada que satura las pateras. Ambas ya no se reconocen en ninguna idea nacional: a los primeros les sobramos todos los demás, no nos necesitan ni siquiera como soldados de un ejército de defensa, sabedores de que sobran mercenarios contratables en medio mundo, a los otros porque ningún pasaporte o identidad alguna les garantiza ni las migajas del banquete.

Y entre esos extremos unos espacios grises. Sobre ellos se mantiene hoy la idea de lo nacional. Espacios cogidos, sin embargo, en su propia trampa, estructurados a base de bajos salarios y nulos impuestos en mor de una competitividad que les hace acumular la más indeseable industria a la vez que castra toda posibilidad de desarrollo. Ahí renace el nacionalismo como ensueño de un pasado proyectado hacia el futuro. La prueba de la crisis de esta respuesta nacionalista es que su propuesta ni siquiera coincide con el viejo Estado nación. La idea clásica del Estado nacional resulta, así, incapaz de ofrecer incluso esta alternativa ensoñadora.

El problema es que, sin embargo, hoy más que nunca necesitamos una auténtica teoría de la ciudadanía. Una proclamación de una ética de ciudadano sobre la que reconstruir no tanto la vieja soberanía definida por valores definitivamente periclitados: Territorio, moneda..., sino una soberanía sobre la que reasentar sólidamente la acción democrática. Una democracia que habla de Estado de derecho, de imperio de la ley, de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad, pero también de crear condiciones de libertad e igualdad real y efectiva; de un poder surgido de todos y cada uno de los ciudadanos y capaz de remover los obstáculos que impidan el ejercicio real y pleno de sus derechos, una soberanía que emana de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Como se aprecia no otra cosa que lo que proclama el propio artículo 9 del Texto Constitucional.

Para todo esto las fronteras se nos han quedado obsoletas. La soberanía, como soberanía nacional, ha terminado por resultar ineficaz y peligrosa. Son esos sujetos emergentes, esas regiones europeas, más ágiles a la hora

11557-576-Estado autonomico61 15/10/05 11:06 Página 576



de promover sus conexiones, más inmediatas en la cercanía de sus ciudadanos (unos ciudadanos ya desprendidos de la imposible carga de la nacionalidad), más competentes en la gestión de unos recursos que, necesariamente, reclamarán nuevos principios de distribución y de acceso, las que exigían, cada vez con mayor fuerza, la competencia de lo político.

Aquí es donde comprendemos la radical inoperancia del sistema documental en su voluntad de cubrir la distinción entre nacional y extranjero. Con ello se secuestró la sustancia misma del concepto Nación, haciéndola perder la potencia de su contenido progresista, ese ser un plebiscito de todos los días que nos proponía Renan en su célebre conferencia en la Sorbona, disolviéndola, sin embargo, en ese marasmo de papel sobre el que se quiso construir la nacionalidad.

Un error, un simple error, que vinculó las ideas de nacionalidad y extranjería a los sistemas de documentación identificativa. Unos sistemas mero fruto de la agobiante voluntad clasificatoria de la ciencia antropológica de finales del siglo XIX y que nos está haciendo perder un tiempo precioso para reconstruir la convivencia que reclama el siglo XXI.

* * *

Ya en el puro campo de las propuestas y fuera de un marco académico como el convocado desde este Congreso no me resisto sin embargo a proponer algunas.

Europa necesita desesperadamente su propio «Demos», un demos que se reclame definitivamente como europeo y que lo haga con una auténtica voluntad constituyente. Una auténtica revolución clisteniana.

La imposibilidad de ese concepto ha surgido por la innecesaria vinculación entre nacionalidad y ciudadanía, sobre la que se construyó la idea de la extranjería. Algo, hemos dicho, innecesario ya que, ni siquiera el concepto Nación reclama esa vinculación con la idea de nacionalidad.

Las relaciones de extranjería debieran volver a ser lo que ya en un anterior trabajo denominé: «*relaciones de viaje*», vinculándolas, en exclusividad, a esas situaciones marcadas por la provisionalidad, ese turismo que deambula sin ninguna relación con el territorio. Todos esos otros, «que viven, laboran y sueñan» entre nosotros no son más distintos a nosotros que lo somos nosotros mismos. Una auténtica competencia territorial sabría apreciarlo.

El concepto integración, vivido desde la cercanía del paisaje donde se produce, determina ya esa voluntad de ser y colaborar. Un decir SÍ en ese plebiscito diario que es la Nación. Como lo dijeron muchos en ese 11 de marzo en un Madrid mártir, cuando heridos, víctimas y voluntarios mostraron su voluntad en una ciudadanía compartida.

Nadie les regaló la nacionalidad española, eran ya nuestros conciudadanos.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 577

# EL COMITÉ DE LAS REGIONES EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

**José Carlos Remotti Carbonell**
*Profesor de Derecho Constitucional*
*Universidad Autónoma de Barcelona*

## I. INTRODUCCIÓN

La creación del Comité de las Regiones (CdR) es relativamente reciente, aun cuando su gestación fue resultado de un largo proceso evolutivo en el cual la Unión Europea ha ido progresivamente dando mayor participación institucional a la representación de los intereses territoriales locales y regionales. Efectivamente los tratados originarios[1] al momento de configurar el primer modelo del sistema institucional comunitario no establecieron la formación de ningún órgano que representara los intereses de tales entes territoriales. No será hasta el Tratado de Maastricht (1992)[2] que se aprobó la creación del CdR, siendo 1994 el año de inicio de sus actividades. En la actualidad el Tratado que establece una Constitución para Europa (en adelante Constitución Europea–CUE) ha consolidado los rasgos estructurales ya existentes del CdR y, como veremos posteriormente, ha ampliado sus competencias.

Esta lenta evolución tenida en el ámbito europeo hasta llegar a crear al CdR, como un órgano de representación de intereses territoriales, estuvo marcada principalmente por dos elementos impulsores diferentes pero que se han complementado entre sí. El primero está referido a que si bien es cierto al momento de crearse las Comunidades Europeas, de los 6 Estados originarios, sólo Alemania tenía una estructura federal, también lo es que a partir de los años 70 y 80 del siglo pasado se produce en dichos Estados diversos procesos de descentralización que varían en la forma e intensidad adoptados pero que coinciden en reconocer a los entes regionales y locales un grado de intervención, decisión y actuación en materias hasta esa época reservadas al Estado[3]. A ello hay que añadir la posterior adhesión de nuevos Estados poseedores también de una configuración territorial compleja, entre los que destaca España.

---

[1] La Unión Europea (UE), resulta de un proceso de integración y cooperación que se inicia en 1951, entre seis países, y que, tras casi cincuenta y cinco años, en la actualidad cuenta con veinticinco estados miembros y se prepara para otra ampliación en la que entrarán dos Estados más. Inicialmente esta integración se basó en cuatro Tratados fundacionales y sus posteriores modificaciones. El primero de ellos fue el que configuró la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), creada en París el 18 de abril de 1951. El segundo fue la creación de la CEEA (Comunidad de la Energía Atómica EUROATOM), y en tercer lugar CEE (Comunidad Económica Europea), creada por los Tratados de Roma el 25 de marzo de 1957.

[2] Tratado Constitutivo de la UE, firmado en Maastricht, el 7 febrero de 1992.

[3] El mejor ejemplo de dicha situación lo encontramos en lo sucedido en Bélgica que a partir de 1970 pasó a ser un Estado con cuatro regiones lingüísticas (de lengua francesa, de lengua neerlan-

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 578



En el desarrollo del proceso descentralizador llevado a cabo en varios de esos Estados resulta muy importante destacar que no solo se trató de una mera descentralización administrativa, o ejecutiva, sino que en determinadas materias los distintos entes territoriales han asumido una capacidad legislativa exclusiva y plena, por lo que los Estados han dejado de tener capacidad de intervención sobre las mismas, y la actuación de las instituciones de la Unión Europea (UE) puede afectar, en tales casos, directa o indirectamente, al ejercicio competencial de tales entes regionales o locales. Así por ejemplo, un muy importante porcentaje de la normativa comunitaria (cerca de 3/4 partes) se aplica a nivel regional o local[4], todo lo cual originó la necesidad de permitir que los entes regionales y locales sean consultados, que puedan expresar y transmitir sus intereses, defender sus rasgos de identidad, así como participar en el diseño y planteamiento de las políticas así como en la elaboración del Derecho de la UE que les pueda afectar en sus competencias o que les toque aplicar posteriormente.

El segundo de los elementos impulsores que ha permitido la formación del CdR se encuentra en el desarrollo de los nuevos planteamientos formulados a partir de lo que se ha definido como *Gobernanza* o criterios para el buen gobierno en su sistema democrático, que potencian que en la relación UE/ciudadano (y Estado/ciudadano) se alcance el mayor grado de proximidad del ciudadano respecto del centro de toma de decisiones. Con ello se busca alcanzar que la actuación de las instituciones de toma de decisión sean percibidas por la ciudadanía como cercanas, y que éstos vean incrementado tanto su grado de control sobre las mismas, como su grado de influencia en dichos centros de poder ya que aumentan las posibilidades de participar en distintos mecanismos democráticos alternativos, no limitados a los procesos electorales. De esta forma se argumenta que los ciudadanos pueden sentirse integrados (o en su caso más integrados) en las estructuras institucionales.

Ambas razones fueron consolidando progresivamente la necesidad de incorporar a la estructura europea un ente en el cual participen representantes regionales y locales elegidos democráticamente por los ciudadanos, a través del cual se hagan valer tales intereses territoriales, se potencie el proceso descentralizador, los principios de subsidiaridad y de proximidad, el respeto a la identidad regional y local, a las competencias, a la transparencia y circulación de la información, reforzando con todo ello la legitimidad de la UE y su democracia institucional. Así pues, la necesidad de profundizar la democracia desde la perspectiva de au-

---

desa, de lengua alemana y región bilingüe de Bruselas Capital), tres regiones económicas (Valonia, Flandes y Bruselas) y tres comunidades culturales (francesa, flamenca y germanófona). En 1980 se ampliaron las competencias a las regiones y se reguló su funcionamiento. En 1988 se produjo una tercera revisión de la Constitución consolidó el federalismo: se otorgaron nuevas competencias a las Regiones y Comunidades y se creó la Región de Bruselas Capital.

[4] En la página web del Comité de las Regiones se llega a afirmar que alrededor de tres cuartas partes de la legislación comunitaria se aplica a nivel regional o local. Ver a este respecto http://www.cor.eu.int/es/presentation/Role.htm.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 579



mentar la proximidad de las instituciones (centros de poder o de toma de decisión) hacia los ciudadanos terminó también por potenciar la labor de los entes regionales y locales y, en tal sentido, impulsó también la creación por parte de la UE del Comité de las Regiones.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMITÉ DE LAS REGIONES COMO ÓRGANO CONSULTIVO

La Constitución Europea, como ya hemos apuntado, ha configurado al CdR, siguiendo el modelo que ya se había adoptado para su creación en 1992, como un órgano de la Unión y no como una institución. A este respecto, y si bien la diferencia entre órganos e instituciones es bastante sutil[5], podemos destacar como principal elemento diferenciador, aunque siempre discutible, que las Instituciones [6] tienen por misión realizar las funciones asignadas a la UE (art. 7.1 del Tratado de la Comunidad Europea, en adelante TCE y I-19 CUE), mientras que los Órganos (Comité de las Regiones y el Comité Económico y social) tienen como función la de asistir y asesorar al Consejo, Parlamento y Comisión en la materialización de tales funciones (art. 7.2 TCE y art. I-32 CUE). En esta misma línea la rúbrica del art. I-32 CUE (en donde se encuentra regulado el CdR) se refiere a los *órganos consultivos de la Unión*, calificación que es reiterada por la Sección 2, del Capítulo I del Título VI de la Parte III. De esta forma, pues, el CdR tiene una naturaleza de órgano asesor y consultivo.

La configuración por la Constitución de esta naturaleza como órgano consultivo no ha sido adoptada sin traer aparejada grandes discusiones ya que desde el mismo CdR, como también desde diversos entes territoriales, se reivindicó que el texto constitucional europeo debería otorgarle un mayor protagonismo en el proceso de toma de decisión europea. Así, por ejemplo, el CdR en su Resolución 466/2001 proponía, entre otras cosas, la posibilidad de que el texto de la Constitución Europea pudiera otorgarle:

– La condición de Institución Europea y no sólo de órgano (asesor).
– La facultad de poder interponer recursos ante el Tribuna de Justicia para la preservación de las prerrogativas del CdR y en los casos en los que según su criterio se vulnere el principio de subsidiaridad.
– El contar con veto suspensivo en aquellos asuntos que afecten directamente a los entres regionales y locales.
– El permitir su participación en el proceso legislativo de codecisión en las materias que afecten a los entes regionales y locales.

---

[5] La sutileza de la distinción es estudiada con profundidad por L. Huici. *El Comité de las Regiones: su función en el Proceso de la integración europea*. Instituto de Estudios Autonómicos, Publicaciones de la Universidad de Barcelona. 2003, págs. 83 a 143.

[6] Según el art. 7.1 del Tratado de la Comunidad Europea las Instituciones eran el Parlamento europeo, Comisión, Consejo, Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas (y se crea el Banco Central Europeo); mientras que el art I-19 de la Constitución Europea reitera las mismas instituciones a las que se añade el Consejo Europeo y se determina al Banco Central Europeo como Institución.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 580



– El potenciar el papel del CdR en la evaluación previa y posterior del impacto territorial de las políticas europeas.

Luego de ser discutidas estas reivindicaciones por la Convención que elaboró el Proyecto de Constitución se las rechazó sobre la base de que la Unión Europea nace de «la voluntad de los ciudadanos y los Estados de Europa» (art. I-1.1)[7], y que si bien en la Unión se debía reconocer la importancia de los entes locales y regionales, especialmente en lo relativo a la democracia de proximidad, ellos debían participar en la vida institucional de la Unión a través del CdR pero configurando a éste último como órgano de naturaleza consultiva.

El rechazo de tales planteamientos por parte del Proyecto final de Constitución, no significó una reacción adversa por parte del CdR, sino al contrario, en una Carta Abierta (CdR 473/2004) [8] el Comité expresó no solo su sí rotundo a la Constitución Europea sino que solicitó al Parlamento Europeo, a los parlamentos nacionales y, si era el caso, a los parlamentos regionales, que ratifiquen el texto constitucional e invocó a los ciudadanos en los Estados en los que se votaría un referéndum a hacerlo por el sí.

La función consultiva desarrollada por el CdR está prevista por la Constitución para ser ejercida (art. III– 388 CUE), en primer lugar, a instancia del Parlamento Europeo, del Consejo o la Comisión en los casos expresamente previstos por la Constitución, así como en cualquier otro en que alguna de tales instituciones lo considere oportuno, en especial en lo relativo con la cooperación transfronteriza. En segundo lugar el CdR también podrá emitir dictámenes de carácter consultivo por propia iniciativa. En tercer lugar cuando el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión soliciten un dictamen al Comité Económico y social siempre que el CdR considere que hay en juego intereses regionales específicos. A este respecto es de especial importancia señalar que la Constitución europea establece la competencia del CdR para recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de sus prerrogativas que pudieran ser vulneradas por alguna de las instituciones de la Unión (art. III-365.3 CUE).

## II.1. EL DICTAMEN FORMULADO A INSTANCIA DEL PARLAMENTO, EL CONSEJO O LA COMISIÓN

Las consultas que le fueran formuladas al Comité de las Regiones por el Parlamento, el Consejo o la Comisión tienen a su vez una doble naturaleza carácter. En primer lugar están las obligadas por imperativo constitucional. En segundo lugar las optativas en cuanto el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión decidan formularlas, si lo consideran oportuno.

---

[7] El art. I.-1.1 de la Constitución Europea establece que «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la cual los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar objetivos comunes...».

[8] Ver: http://www.cor.eu.int/document/documents/473es.pdf

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 581



## 1. Supuestos en los que resulta obligada por imperativo constitucional la consulta al Comité de las Regiones[9]

La Constitución europea establece como obligadas las consultas al Comité de las Regiones en los casos siguientes:

- Para la adopción por parte del Consejo de orientaciones que los Estados tendrán en cuenta, en materia de política de empleo (art. III-206.2).
- Para establecer, mediante ley o ley marco, medidas de fomento para propiciar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar su acción en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar el intercambio de información y buenas prácticas, facilitando análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular mediante proyectos piloto (art. III-207).
- Al establecer leyes o leyes marco destinadas a (art. III-210.1,2 y 3):
  - la mejora, en particular, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
  - las condiciones de trabajo;
  - la seguridad social y la protección social de los trabajadores;
  - la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato laboral;
  - la información y la consulta a los trabajadores;
  - la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio del apartado 6;
  - las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión;
  - la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo III-283;
  - la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo;
  - la lucha contra la exclusión social;
  - la modernización de los sistemas de protección social.
- Al aprobar una ley europea que establezca las medidas de aplicación del Fondo Social Europeo destinado a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a la evolución de los sistemas de pro-

[9] En un principio los ámbitos de consulta obligatoria se limitaron a las siguientes materias: cohesión económica y social; redes de transporte, energía y telecomunicaciones transeuropeas; salud; educación y juventud; y cultura. Posteriormente y con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (1999) la consulta obligatoria se amplió también a los siguientes temas: empleo, política social, medio ambiente, formación profesional y transporte.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 582



ducción, en especial mediante la formación y la reconversión profesionales (art. III-219).

- Al aprobar una ley o ley marco europea de medidas específicas (al margen de los fondos[10], el Banco Europeo de Inversiones y los demás instrumentos financieros existentes que se adopten en el marco de las demás políticas de la Unión) que busque mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida (art III-221).
- Al establecer la ley europea que determine las funciones, los objetivos prioritarios y la organización de los fondos con finalidad estructural. Igualmente ante la creación por ley del Fondo de Cohesión, que proporcionará una contribución financiera a la realización de proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas en materia de infraestructuras del transporte (art. III-223).
- Para la adopción de la ley europea que establecerá las medidas de aplicación relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (art. III-224).
- Para la adopción de la ley o ley marco que establezca las acciones que deban emprenderse para alcanzar los objetivos fijados en materia medioambiental, especialmente destinada a (art. III-234):
  - preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente;
  - proteger la salud de las personas;
  - utilizar los recursos naturales de forma prudente y racional;
  - Ipromover medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.
- Para el establecimiento, por medio de ley o ley marco, de la política común de transportes (art. III-236).
- Para adoptar la ley o ley marco que establezca medidas para la navegación marítima o aerea (art. III-245).
- Para adoptar la ley o ley marco que regule el establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, las telecomunicaciones y la energía (art. III-247.2).
- Para adoptar la ley o ley marco que regule en el marco del establecimiento o el funcionamiento del mercado interior y teniendo en cuenta la exigencia de conservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión con el objetivo de (art. III-256):
  - Igarantizar el funcionamiento del mercado de la energía;
  - Igarantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión, y
  - Ifomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables.

[10] Se refiere cuando menos al Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo de cohesión.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 583



- Para adoptar la ley o ley marco que regule los aspectos comunes en materia de seguridad sanitaria y salud humana (art. III-278.4).
- Para adoptar la ley o ley marco europea que establezca medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. III-278.5).
- Para adoptar la ley o ley marco que contribuya al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, y que ponga relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común (art. III-280.5.a).
- Para adoptar la ley o ley marco que contribuya al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre Estados miembros y, si es necesario, apoyando y complementando la acción de éstos, todo lo cual respetará plenamente la responsabilidad de los Estados miembros en cuanto a los contenidos de la enseñanza y la organización del sistema educativo, así como su diversidad cultural y lingüística (art. III-282.3.a).
- Para adoptar la ley o ley marco que establezca medidas necesarias para desarrollar una política de formación profesional que apoye y complemente las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en cuanto al contenido y la organización de dicha formación (art. 283.3.a).

Todas estas materias tienen, por imperativo de la Constitución Europea, que contar con el previo dictamen del CdR para poder ser desarrolladas por ley europea o, en su caso, por ley marco europea.

### 2. Supuestos en los que sin ser obligatorio la elaboración del dictamen el Parlamento, el Consejo o la Comisión puedan considerar como oportuna su realización.

En estos casos no existe, una lista de posibles supuestos, ni tampoco límites materiales ya que la Constitución determina que tales consultas podrán ser efectuadas en cualquier otro tema que no haya sido expresamente determinado por ella misma. De esta forma tenemos que si bien la Constitución señala un número importante de materias que deben contar expresamente con un dictamen previo del CdR para poder ser reguladas por ley o ley marco europea, ello no significa que las materias que no están dentro de dicho listado, no puedan contar con tal informe previo del CdR, puesto que este procederá en todos los casos en los que el Parlamento, el Consejo o la Comisión consideren oportuna su realización.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 584



### II.2 EL DICTAMEN ELABORADO POR INCIATIVA PROPIA DEL CDR

A este respecto la Constitución Europea señala que el CdR puede emitir un dictamen a iniciativa propia, sin señalar ni los supuestos, materias o temas en los que procederá. Tal amplitud aparente creemos que ha de ser entendida en el sentido de que el CdR podrá elaborar un dictamen, por iniciativa propia, en todos los casos, temas o materias en los que haya en juego algún interés regional concreto o específico, ya que lo contrario significaría darle al CdR una capacidad de intervenir en todas las materias y temas que no se corresponde con las previsiones constitucionales.

De conformidad con el Reglamento actualmente vigente (RCdR) las peticiones para la elaboración de dictámenes o informes formulados por propia iniciativa del CdR serán presentadas por tres miembros de la mesa, o por una de las comisiones a través de su presidente o por treinta y dos miembros del Comité. Tales peticiones irán acompañadas de una exposición de motivos, así como de todos los demás documentos necesarios, y se presentarán cuando menos 10 días antes del comienzo de la reunión de la mesa (art. 41 RCdR).

### II.3. CUANDO SE SOLICITE UN DICTAMEN AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, EL CDR PODRÁ ELABORAR UN DICTAMEN CUANDO CONSIDERE QUE HAY EN JUEGO INTERESES TERRITORIALES ESPECÍFICOS

Por su parte, cuando el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión efectúen alguna consulta al Comité Económico y Social (en adelante CES), tales instituciones deberán informar al Comité de las Regiones de tal solicitud de dictamen. En tal caso si el CdR estimase que hay en juego intereses regionales específicos podrá también emitir un dictamen (art. III-388).

A este respecto se debe hacer mención el carácter imperativo, preceptivo, de esta obligación de informar al Comité de las Regiones del hecho de que se haya efectuado alguna consulta al Comité Económico y social, por lo que la omisión de tal trámite acarrearía la nulidad del procedimiento seguido.

Ello es así por cuanto la comunicación que se efectúa al CdR de la consulta efectuada no ha de ser entendida como en sentido pasivo a los meros efectos de ser informado, sino que por el contrario ella permite al CdR una nueva posibilidad de participar en el proceso de adopción de políticas comunitarias o de Derecho de la Unión. En este caso hay que remarcar que el imperativo está en la comunicación al CdR de la consulta formulada al CES, pero una vez formulada la misma la elaboración de un dictamen por parte del CdR es facultativa. En caso de hacer uso de esta facultad la intervención del Comité de las Regiones debe ser entendida como específica para velar por intereses regionales, el principio de subsidiaridad, la proximidad, la transparencia, la identidad de las regiones.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 585



## III. COMPOSICIÓN

La Constitución Europea establece que los miembros del Comité de las Regiones han de ser representantes electos de entes locales o regionales o asambleas elegidas de similar naturaleza (art. I-32.2 CUE)[11]. En este sentido pueden ser presidentes o parlamentarios regionales, alcaldes o concejales de ayuntamientos. En el caso de que alguno de los miembros finalizara su mandato o representación a nivel local o regional, su mandato como miembro del Comité de las Regiones concluirá automáticamente y será substituido por su Estado por el resto de su mandato.

Así también la Constitución europea establece que el mandato como miembros del Comité de las Regiones es de 5 años, así como que el Consejo, mediante una Decisión Europea, nombrará a los miembros titulares como suplentes. Tal mandato es renovable y se prohíbe que, en ningún caso, se podrá ser miembro simultáneamente del CdR y del Parlamento Europeo (art. III-386 CUE).

Los miembros del Comité de las Regiones no se encuentran vinculados por ninguna clase de mandato imperativo (incluso de sus propios entes locales o regionales), por lo que ejercerán su mandato con total y plena independencia en defensa del interés general de la Unión (art. I-32.4 CUE). En tal sentido, de conformidad con lo establecido por la Constitución, los miembros del Comité de las regiones han de velar por el interés general de la Unión[12].

Según lo establecido en la Constitución el número de miembros del Comité de las Regiones no será superior a los 350 miembros, quedando en manos del Consejo la adopción, por unanimidad, y a propuesta de la Comisión, de una decisión europea por la cual se determine cual será el número exacto de miembros (art. 386 CUE).

Si bien, y como ya hemos visto, el nombramiento de los miembros titulares y suplentes le corresponde al Consejo mediante Decisión Europea, la selección concreta de los miembros del Comité corresponde a cada uno de los Estados quienes tienen libertad para decidir el procedimiento y fórmulas a seguir para su determinación. Así tenemos que, con los datos actuales, el número de miembros es el siguiente, contando a los Estados recientemente adheridos y aquellos con los que se ha iniciado efectivamente negociaciones de adhesión[13]:

---

[11] La exigencia de que los miembros del Comité de las Regiones tuvieran que ser miembros de una representación electa local o regional había sido previamente recogida por el Tratado de Niza (art. 263, que modificó el art. 263 del Tratado de Amsterdam, que a su vez había modificado el art. 198-A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –Maastricht–).

[12] De conformidad con el art. 4 del Reglamento actualmente vigente (versión 2004) los miembros titulares y los suplentes disfrutarán de los privilegios e inmunidades establecidos en el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, anejo al Tratado de 8 de abril de 1965 por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas.

[13] Relación conforme con la Declaración relativa a la ampliación de la Unión Europea que se incluyó en el acta final de la Conferencia Intergubernamental de Niza.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 586



| País | Número de miembros | Reparto de los miembros[14] | |
|---|---|---|---|
| Alemania | 24 | Lander | 21 |
| | | Municipios | 03 |
| Austria | 12 | Lander | 09 |
| | | Ciudades y municipios | 03 |
| Bélgica | 12 | Comunidad Flamenca | 05/06[15] |
| | | Comunidad Francófona | 04/03 |
| | | Región de Bruselas | 02 |
| | | Comunidad germanófona | 01 |
| Bulgaria | 12 | Procedimiento a determinar | |
| Chipre | 06 | Municipios | 04 |
| | | Comunidades | 02 |
| Dinamarca | 09 | Regiones | 04 |
| | | Municipios | 04 |
| | | Ciudades de Copenhague y Frederiksberg) | 01 |
| Eslovaquia | 09 | Regiones autónomas | 06 |
| | | Ciudades y municipios | 03 |
| Eslovenia | 07 | Entes locales | 07 |
| España | 21 | Comunidades Autónomas | 17 |
| | | Entes locales | 04 |
| Estonia | 07 | Asociación de Ciudades | 04 |
| | | Asociación de municipios rurales | 03 |
| Finlandia | 09 | Provincia Autónoma | 01 |
| | | Consejos Regionales | 04 |
| | | Ciudades y municipios | 04 |
| Francia | 24 | Regiones | 12 |
| | | Departamentos | 06 |
| | | Municipios | 06 |
| Grecia | 12 | Comunidades-municipios | 07 |
| | | Prefecturas | 05 |
| Hungría | 12 | El Estado nombró a sus representantes después de hacer consultas con asociaciones de entes locales y de desarrollo regional | |
| Irlanda | 09 | Entes locales y regionales | 09 |
| Italia | 24 | Regiones y provincias autónomas | 14 |
| | | Provincias | 05 |
| | | Municipios | 05 |
| Letonia | 07 | Distritos | 01 |
| | | Municipios rurales | 01 |
| | | Ciudades | 01 |
| | | Municipios fusionados | 01 |

[14] Datos extraídos de la guía de *Procedimientos aplicados por los Estados miembros en el proceso de selección de los miembros al Comité de las Regiones.* Estudios del CDR I-1/2004, Bruselas, septiembre de 2004, en http://www.cor.eu.int/document/presentation/selection_es.pdf

[15] El número final estará en función de la rotación a mitad de mandato entre las Comunidades flamenca y francesa para la asignación de un puesto a la Comunidad germanófona.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 587



| | | | |
|---|---|---|---|
| | | Ciudades importantes (excepto la capital) | 01 |
| | | Riga (Capital) | 01 |
| | | Asociación de entes locales y regionales | 01 |
| Lituania | 09 | Entes locales | 09 |
| Luxemburgo | 06 | Municipios | 06 |
| Malta | 05 | Entes locales | 05 |
| Países Bajos | 12 | Provincias | 06 |
| | | Municipios | 06 |
| Polonia | 21 | Entes regionales | 10 |
| | | Entes locales | 11 |
| Portugal | 12 | Regiones autónomas | 02 |
| | | Municipios | 10 |
| Reino Unido | 24 | Inglaterra | 16 |
| | | Escocia | 04 |
| | | Gales | 02 |
| | | Irlanda del Norte | 02 |
| República Checa | 12 | Asociación de Regiones | 07 |
| | | Unión de ciudades y municipios | 05 |
| Rumania | 15 | Procedimiento a determinar | |
| Suecia | 12 | Condados | 04 |
| | | Municipios | 08 |
| Total | 344 | | |

## IV. FUNCIONAMIENTO DEL COMITÉ DE LAS REGIONES

Respecto al funcionamiento del CdR, la Constitución Europea no tiene mayores previsiones. Dentro de las pocas referencias que la Constitución dirige a éste órgano establece que el Comité designe de entre sus miembros al Presidente y a la Mesa por un período de dos años y medio. Así también se dispone que el Comité será convocado por su Presidente, a instancia del Parlamento, del Consejo o de la Comisión, aunque también podrá reunirse por iniciativa propia. Por último establece que el Comité aprobará su propio Reglamento interno.

Por su parte el Reglamento interno dispone que los miembros del CdR se integran tanto en una delegación nacional y podrán integrarse en grupos políticos afines así como en grupos interregionales. De esta manera los miembros titulares y suplentes que sean nacionales de un mismo Estado constituyen una delegación nacional, la cual regulará su propia organización interna y elegirá a su presidente, cuyo nombre se comunicará oficialmente al Presidente del Comité (art. 8.1 RCdR).

A su vez, como queda dicho, tales miembros podrán integrarse en grupos políticos de acuerdo con sus afinidades políticas siendo 20 el número mínimo de miembros titulares o suplentes necesario para formar un grupo político si son pertenecientes a 3 Estados miembros, 18 si son pertenecientes a 4 Estados miembros y 16 si son pertenecientes a 5 o más Estados miem-

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 588



bros[16]. En todos los casos, la mitad de ellos como mínimo deberán ser titulares. Además, ningún miembro titular ni suplente podrá pertenecer a más de un grupo político y en todo caso el número de miembros de un grupo político no podrá ser inferior, en ningún momento, al mínimo necesario para su constitución, puesto que, en caso contrario, se procederá a la disolución del grupo (art. 9.1,2 y 3 RCdR). Por último, como ya apuntamos, los miembros titulares y suplentes podrán constituir grupos interregionales cuya constitución deberá ser declarada al Presidente del Comité.

## V. ORGANIZACIÓN

Según lo establecido por su Reglamento el Comité de las Regiones tiene como órganos Asamblea (o Pleno), el Presidente, la Mesa y las comisiones. Además el Comité cuenta con una Secretaría General que será el órgano administrativo y de apoyo encargado de la ejecución de las decisiones tomadas por la Mesa o el Presidente.

### IV.I. LA ASAMBLEA TIENE POR FUNCIONES PRINCIPALES, LAS SIGUIENTES:

- Aprobar los dictámenes, así como los informes y resoluciones.
- Aprobar el proyecto de presupuestos del CdR.
- Aprobar el programa político del CdR al comienzo de cada mandato.
- Elegir al Presidente, al Vicepresidente primero y a los demás miembros de la Mesa.
- Constituir las comisiones, y
- Aprobar y revisar el Reglamento Interno del Comité.

La Asamblea es convocada por el Presidente por lo menos una vez cada tres meses. También podrá reunirse a instancia del Parlamento, del Consejo o de la Comisión. Podrá también reunirse de forma extraordinaria a petición escrita cuando menos de una cuarta parte de los miembros, en cuyo caso el Presidente convocará dicho pleno extraordinario, que deberá celebrarse no antes de una semana desde la fecha de la petición ni después de transcurrido un mes desde esa fecha. La petición por escrito para solicitar el pleno extraordinario deberá especificar el asunto que se someterá a debate, en cuyo orden del día no podrá figurar ningún otro asunto (art. 14 RCdR).

Las sesiones de la Asamblea serán públicas, salvo que ésta decida lo contrario para la totalidad de la sesión o para alguno de los puntos del orden del día. Además, en los plenos podrán participar representantes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, a quienes se podrá invitar a hacer uso de la palabra. Por otra parte, el Presidente del CdR, por pro-

[16] En estos momentos están configurados los grupos políticos siguientes: Partido Popular Europeo, Partido de los Socialistas Europeos, Partido Europeo de los Liberales, Demócratas y Reformistas y el Grupo de la Alianza Europea.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 589



pia iniciativa o a petición de la Mesa, podrá también invitar a personalidades externas a que intervengan ante la Asamblea (art. 17 RCdR).

En el Reglamento del CdR se establece que en el desarrollo de los debates se seguirá, como criterio general, el orden de petición de la palabra, concediendo el Presidente los turnos de intervención con arreglo a ese orden velando por que, en lo posible, se alternen los oradores de las diferentes tendencias políticas y delegaciones nacionales. Sin perjuicio de lo anterior, se podrá dar prioridad al ponente de la Comisión y a los presidentes de los grupos políticos y delegaciones nacionales que intervengan en nombre de su grupo o delegación, o a los oradores que los representen. Así también en los debates el Presidente concederá la palabra a los presidentes y ponentes de las comisiones interesadas que la solicitaren (art. 19 RCdR).

El quórum requerido para la reunión valida de la Asamblea es de cuando menos la mayoría de los miembros, el cual se verificará únicamente durante la sesión y a solicitud de quince o más miembros. En ausencia de solicitud de verificación del quórum será válida cualquier votación, independientemente del número de votantes. En caso de comprobarse la falta de quórum, se aplazarán al siguiente día de sesión todos los puntos del orden del día que tengan que ser objeto de votación. Realizada la votación de esos puntos, al día siguiente, será entonces válida independientemente del número de miembros presentes. (art. 21 RCdR).

Si algún miembro titular no pudiere asistir a un pleno, a una reunión de Comisión o de grupo de trabajo podrá ser sustituido por un suplente de su misma delegación nacional (art. 5.1 y 2 Reglamento del CdR –RCdR–). En tal caso el miembro suplente no podrá sustituir a más de un miembro, cuyos derechos y atribuciones ejercerá plenamente durante la reunión de que se trate. La delegación de voto se notificará por escrito al Secretario General antes de la reunión correspondiente (art. 5.3 RCdR). La designación de suplentes se referirá a días concretos del pleno, señalándose expresamente que el reembolso de gastos de los plenos tendrá un único beneficiario, que será o bien el miembro o bien el suplente (art. 5.4 RCdR).

Como regla general la Asamblea decidirá por mayoría de los votos emitidos, a menos que el Reglamento disponga otra cosa, siendo las formas válidas de votación las realizadas «a favor», «en contra» y «abstención». En el cálculo de la mayoría sólo se tendrán en cuenta los votos a favor y en contra. En caso de empate de votos, se considerará rechazado el texto o la propuesta. Si se manifestaren dudas sobre el resultado del escrutinio, el Presidente podrá disponer, por propia iniciativa o a petición de quince o más miembros, que se repita la votación.

A propuesta del Presidente, el pleno podrá decidir que la votación sea nominal y en todo caso si la votación gira sobre personas se realizará de forma secreta. En tal caso la votación tendrá lugar por orden alfabético, salvo el Presidente, que votará en último lugar (art. 22 RCdR).

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 590



### V.2. EL PRESIDENTE

El Presidente tiene como función dirigir los trabajos del Comité. Ejercerá también la más alta representación del Comité, competencia que podrá delegar en alguno de los vicepresidentes. En caso de ausencia o de impedimento, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente primero, y en caso de ausencia o de impedimento de ambos, el Presidente será sustituido por otro vicepresidente (art. 37 RCdR).

El procedimiento para la elección del Presidente y el Vicepresidente primero se inicia con la presentación ante la Asamblea de una declaración por parte de los candidatos en la que proyecten su programa de actuación. Posteriormente se procede a realizar las votaciones por separado, siendo elegidos en cada una los candidatos que obtengan una mayoría superior a la mitad de los votos emitidos. Si en la primera vuelta ningún candidato alcanzara la mayoría requerida, se procederá a una segunda vuelta, en la que resultará elegido el candidato que recibiere mayor número de votos. En caso de empate se decidirá por sorteo (art. 31 RCdR).

Para la elección de los demás Vicepresidentes las delegaciones nacionales que sólo presenten un candidato para cada uno de los puestos que les corresponden en la Mesa podrán agruparlos en una lista conjunta. Esta lista podrá ser aprobada en primera vuelta si reúne una mayoría superior a la mitad de los votos emitidos. En el caso de que no se aprobare una lista conjunta de candidatos o de que para los puestos que le corresponden a una delegación nacional en la Mesa se presentare un número de candidatos superior al de puestos disponibles, cada uno de éstos se cubrirá mediante votación separada; en tal supuesto serán de aplicación las normas que rigen la elección del Presidente y del Vicepresidente primero, a las que hemos hecho referencia anteriormente (art. 32RCdR).

### V.3. LA MESA

Por su parte la Mesa tiene por función organizar, coordinar y preparar los trabajos del Pleno y de las comisiones. Para ello al inicio de cada mandato debe elaborar el programa político que pretende alcanzar. Es también quién controla la adecuada ejecución de dicho programa político. Además, realiza el seguimiento de los dictámenes elaborados por el Comité informando de las medidas tomadas por las instituciones europeas en aplicación de los mismos[17]. La Mesa tiene competencia general en los asuntos financieros, organizativos y administrativos referentes al Comité, a sus miembros titulares y suplentes, así como de la Secretaría General y de sus demás órganos.

La mesa es la encargada de preparar, el proyecto de orden del día a tratar en los plenos, señalando los temas, dictámenes, proyectos de infor-

[17] En la actualidad, la Mesa se reúne generalmente antes de cada uno de los plenos del CdR a fin de coordinar su realización, así como también desarrolla dos reuniones extraordinarias anuales, en los dos países de la Presidencia del Consejo.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 591



me o proyectos de resolución y demás documentos que se tiene previsto tratar[18] y de conformidad con los apartados 1 y 6 del artículo 15 del Reglamento del Comité, podrá proponer a la Asamblea la celebración de un debate general sobre cuestiones políticas de actualidad que guarden relación con el nivel regional y local («debate sobre cuestiones de actualidad»). Además la Mesa también podrá:

- Constituir grupos de trabajo compuestos por miembros de la Mesa o del Comité encargados de asesorarle en cuestiones específicas.
- Invitar a sus reuniones a otros miembros del Comité en razón de sus conocimientos específicos o de su cargo, o a personalidades externas.
- Efectuar la contratación del Secretario General y de los funcionarios y otros agentes.
- Presentar el proyecto de presupuesto a la Asamblea.
- Autorizar la celebración de reuniones fuera de la sede.
- Adoptar disposiciones relativas a la composición y métodos de trabajo de los grupos de trabajo, así como de los comités mixtos con los países candidatos a la adhesión.

En la actualidad la mesa se compone de los siguientes miembros:

- el Presidente;
- el Vicepresidente primero;
- 1 Vicepresidente por Estado miembro;
- 25 miembros más, y
- los presidentes de los grupos políticos.

Los miembros de la mesa, al margen del Presidente, el Vicepresidente primero y los presidentes de los grupos políticos, son elegidos teniendo en cuenta la siguiente proporción respecto de las delegaciones nacionales:

- Francia, Alemania, Italia, Polonia, España y el Reino Unido disponen de tres puestos cada uno.

---

[18] En primer lugar la Mesa elaborará un anteproyecto de orden del día señalando los temas, dictámenes, proyectos de informe o proyectos de resolución y demás documentos que se tiene previsto tratar. Dicho anteproyecto de orden día con los documentos e información necesaria para enviado por el Presidente a los miembros titulares y suplentes al menos cuatro semanas antes del comienzo del pleno. Es importante resaltar que tal documentación se enviará a los miembros y suplentes en sus lenguas oficiales respectivas. Al mismo tiempo se facilitará el acceso electrónico a los documentos.
Cuando en casos excepcionales se justifique la imposibilidad de cumplir el plazo antes mencionado, el Presidente podrá incluir en el proyecto de orden del día un documento para decisión, siempre que éste obre en poder de los miembros y suplentes como muy tarde una semana antes del comienzo del pleno en su lengua oficial respectiva. El Presidente indicará al hacer el envío del documento el motivo por el cual se ha recurrido a este procedimiento.
Las enmiendas escritas al proyecto de orden del día deberán presentarse al Secretario General a más tardar tres días hábiles antes del inicio del pleno. La Mesa fijará el proyecto definitivo de orden del día en la reunión inmediatamente anterior al pleno. En esta reunión, la Mesa, por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, podrá inscribir en el orden del día asuntos urgentes o de actualidad que no puedan aplazarse al pleno siguiente (art. 15 RCdR).

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 592



- Austria, Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Países Bajos, Portugal, Eslovaquia y Suecia disponen de dos puestos cada uno.
- Chipre, Estonia, Letonia, Luxemburgo, Malta y Eslovenia disponen de un puesto cada uno.

Si un miembro de la Mesa dejare de pertenecer al CdR o renunciare a su puesto en aquélla, serán sustituidos, por el tiempo que faltare para terminar su mandato. La elección adicional para vacantes en la Mesa se llevará a cabo en el pleno (art. 34 RCdR).

### V.4 LAS COMISIONES

El trabajo de la CdR se desarrolla a partir de distintas comisiones las cuales tienen como función esencial la elaboración de los proyectos de dictamen, de informe y de resolución, los cuales son sometidos a la Asamblea para su adopción (art. 46RCdR). Tales comisiones están formadas por miembros del CdR, y están especializadas en diferentes ámbitos materiales tales como:

- Comisión de Política de Cohesión Territorial
- Comisión de Política Económica y Social
- Comisión de Desarrollo Sostenible
- Comisión de Cultura y Educación
- Comisión de Asuntos Constitucionales y Gobernanza Europea
- Comisión de Relaciones Exteriores

En principio, y de acuerdo con el Reglamento todavía la composición de las comisiones es proporcional al número de miembros que tienen los Estados en el Comité. Los miembros del Comité pueden formar parte de una Comisión como mínimo y de dos como máximo. En todo caso la Mesa puede establecer excepciones a tal regla general en el caso de los miembros de las delegaciones nacionales menos numerosas (art. 44.3 RCdR).

Cada Comisión, durante la primera reunión que desarrolle, designa de entre sus miembros un Presidente y como máximo dos Vicepresidentes, que constituirán su Mesa. Si hubiere un número de candidatos igual al de puestos por cubrir, la elección podrá llevarse a cabo por aclamación. En caso contrario, o a solicitud de una sexta parte de los miembros de la Comisión, la elección se realizará siguiendo el mismo procedimiento para la elección del Presidente y del Vicepresidente primero del Comité (art. 45 RCdR).

Al comienzo de cada mandato, la Asamblea, a propuesta de la Mesa constituirá las comisiones que estime conveniente para el desarrollo de sus funciones y decidirá la composición de aquéllas reflejando la composición del Comité por Estados miembros (art. 44.1 y 2 RCdR).

El actual Reglamento establece también que el programa anual de trabajo de las comisiones será establecido por la Mesa del Comité tras haberlas

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 593



oído (art. 38 RCdR). Sobre esta base el Presidente de la Comisión de acuerdo con el vicepresidente primero fijarán las fechas en las que cada Comisión se reunirá así como establecerán los respectivos órdenes del día, correspondiendo al Presidente de la Comisión efectuar las correspondientes convocatorias. Dicha convocatoria, incluyendo el orden del día debe estar en poder de los miembros de la Comisión al menos cuatro semanas antes de la fecha en que deben reunirse (art. 47.1 y 2 RCdR).

En este sentido todos los proyectos de dictamen y demás documentos que deban ser utilizados en la sesión y que deban traducirse y distribuirse antes de una reunión se deberán remitir a la secretaría de la Comisión como mínimo cinco semanas antes de la fecha de la reunión. A tales efectos, dichos proyectos y documentos, deberán estar en poder de los miembros dos semanas antes de la reunión. En casos excepcionales, el presidente puede modificar estos plazos (art. 47.4 CdR).

Las comisiones también podrán realizar reuniones extraordinarias siempre que lo soliciten por escrito al menos una cuarta parte de los miembros. En dicha solicitud los firmantes deberán señalar el listado de temas a debatir, marcando así el orden del día. En tales casos la reunión extraordinaria se celebrará dentro de las cuatro semanas siguientes a la fecha de la solicitud (art. 47.3 RCdR).

Al igual que en el Pleno, las reuniones de las comisiones serán públicas, salvo que la Comisión decidiere que todo o parte de la reunión se debata en forma reservada. Además, en las deliberaciones de las comisiones podrán participar representantes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, quienes podrán responder a preguntas de los miembros (art. 48 RCdR).

Las comisiones adoptarán sus decisiones por mayoría de los votos emitidos (art. 57 RCdR). Para que sus reuniones sean válidas deberán contar con un quórum mínimo de más de la mitad de sus miembros. El quórum se verificará únicamente en el transcurso de la reunión y previa solicitud de diez miembros o más. Al igual que sucede en el Pleno, ante la ausencia de solicitud de verificación del quórum, serán válidas las votaciones que se realicen en el seno de la Comisión, independientemente del número de votantes que hubiera. Si se constatare la ausencia de quórum, la Comisión podrá seguir deliberando, pero aplazará las votaciones hasta la siguiente reunión (art. 56 RCdR).

### 1. La elaboración de dictámenes e informes

En todos los casos en los que proceda la elaboración de un dictamen o informe por parte del Comité, el Presidente procederá a designar la Comisión que deberá elaborarlo, fijándole un plazo para su presentación informando de ello a la Mesa en su siguiente reunión (art. 39.2 y 50 RCdR). Por otra parte, si el asunto del dictamen o informe interesare a más de

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 594



una Comisión, el Presidente del Comité designará una Comisión para estudiar el fondo del asunto y, en caso necesario, una o varias comisiones a título complementario. En este último caso, el Presidente podrá proponer a la Mesa la creación de un grupo de trabajo formado por representantes de las distintas comisiones que considere relacionadas con el tema (art. 39.3 RCdR). En ambos casos, si alguna de las comisiones no está de acuerdo con la decisión adoptada por el Presidente al designar la Comisión encargada de elaborar el dictamen o al designar la que deberá abordar el fondo del asunto, podrá solicitar a través de su Presidente que la Mesa tome una decisión en ese sentido (art. 39.4 RCdR).

La Comisión para el fondo será, en todo caso, la competente para resolver sobre las recomendaciones de los proyectos de dictamen o de informe de las otras comisiones complementarias y decidirá si las incorpora a su informe. En tal virtud, la Comisión para el fondo será la única competente para someter a la Asamblea un proyecto de dictamen (art. 39.3.b RCdR). Por otro lado, si la Comisión para el fondo considerare que el asunto remitido por la Mesa no afecta a intereses regionales o locales o carece de importancia política, podrá renunciar a elaborar un dictamen o un informe (art.59 RCdR).

Para la elaboración de un proyecto de dictamen o de informe, a su vez, la Comisión designará, a propuesta de su Presidente, un ponente o, cuando esté justificado, dos, procurando que exista un reparto equilibrado de los dictámenes e informes entre los distintos grupos políticos y estados. El Presidente transmitirá su propuesta a los demás miembros de la Comisión junto con el orden del día de la siguiente reunión. En caso de urgencia, el Presidente de la Comisión podrá remitir una nota a los miembros de ésta en la que les pedirá que manifiesten por escrito, en el plazo de tres días hábiles, cualquier objeción que tuvieren contra la designación del ponente propuesto por él. De existir objeciones, el Presidente y el Vicepresidente primero de la Comisión resolverán de mutuo acuerdo (art 53 RCdR)[19].

De conformidad con lo dispuesto con el art. 51 RCdR los dictámenes del Comité constarán de las siguientes partes:

Una exposición de motivos en la que se recogerá la opinión global del Comité y las consideraciones específicas efectuadas sobre puntos concretos. El ponente será el responsable de la elaboración de la exposición de motivos, la cual no será sometida a votación. No obstante ello, dicho texto deberá estar en consonancia con el contenido del dictamen sometido a votación. En caso contrario el Presidente de la Comisión podrá suprimirla.

[19] En los supuestos que el Presidente o el Vicepresidente sean nombrados ponentes, cederán a otro miembro de la Mesa o al miembro de mayor edad la presidencia de la reunión en la que se examine su proyecto de dictamen o de informe (art 53 RCdR).

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 595



Un preámbulo, en el que se enunciarán los fundamentos jurídicos del dictamen y el procedimiento seguido para su elaboración y que contendrá, a lo sumo, observaciones de carácter preliminar, y

La parte principal, en la que se recogerán las opiniones y recomendaciones del Comité en relación con el asunto de que se trate, si es necesario con propuestas concretas de modificación del documento de referencia. En esta parte se examinará, en la medida de lo posible, el grado de cumplimiento del principio de subsidiariedad, así como el probable efecto en el plano administrativo y en el de las finanzas regionales y locales.

Por su parte, según lo establecido por el art. 52 RCdR, los informes deberán tener la estructura siguiente:

- Un preámbulo, en el que se indicará el procedimiento seguido para su elaboración, así como una relación de contenidos.
- Una introducción, en la que se explicará el contexto general de las cuestiones que se traten.
- Una parte principal, en la que se expondrán las observaciones específicas y análisis de las cuestiones que se traten;
- Una conclusión, que reflejará la opinión final del Comité y sus recomendaciones.
- En caso necesario, los anexos podrán incorporar documentación relacionada con el asunto, documentos de referencia e información complementaria.

El Comité a la hora de elaborar todo dictamen o informe deberá tener especial atención al principio de subsidiaridad. El principio de subsidiaridad es uno de los principios fundamentales establecidos por la Constitución Europea para normar su funcionamiento institucional de conformidad con lo previsto en el art. I-11 CUE[20], desarrollado por el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad de la Constitución europea (en adelante PSyP). En virtud de tal principio la Unión sólo podrá intervenir en los ámbitos que no sean de su exclusiva competencia cuando los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión (art. I.11.3).

Una lectura rápida del PSyP podría llevar al equívoco de considerar que la Constitución europea otorga sólo a las instituciones europeas (recordemos que el CdR es un órgano y no institución) y a los Parlamentos nacionales, la función de velar por el respeto de dicho principio de subsidiaridad. Ello podría desprenderse de lo dispuesto por el art. 1 PSyP en cuanto señala que «Cada institución deberá velar de manera permanente por el respeto de

[20] La determinación de las competencias de la Unión Europea se rige por el principio de atribución. El ejercicio de tales competencias se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art I-11 CUE).

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 596



los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad definidos en el artículo I-11 de la Constitución». Así como también de lo establecido en dicho Protocolo referente a que tanto la propia Comisión como el Parlamento Europeo transmitirán sus proyectos de actos legislativos europeos a los Parlamentos nacionales a fin de que se pronuncien respecto de la adecuación del proyecto al principio de subsidiaridad; o, de que el Parlamento Europeo también les trasmitirá a los parlamentos nacionales sus resoluciones legislativas a los mismos efectos; así como que el Consejo transmitirá también a los parlamentos nacionales, sus propias posiciones así como los proyectos de actos legislativos europeos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones (art. 4 PSyP). [21]

Ahora bien, tales previsiones han de ser necesariamente complementadas con las demás normas constitucionales que, como ya hemos apuntado anteriormente, prevén un largo listado de materias en las que resulta obligada la consulta al CdR, el cual además puede pronunciarse no sólo a solicitud del Parlamento, el Consejo o la Comisión, sino también por propia iniciativa, o cuando sea consultado el Comité Económico Social. De esta forma, aun cuando el Comité de las Regiones no esté expresamente señalado por el «Protocolo sobre aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad» tenemos que se constituye, también, en uno de sus principales garantes ya que como acabamos de señalar, el art. 51.2 RCdR establece que en la parte principal de todo dictamen el CdR examinará, en la medida de lo posible, el grado de cumplimiento del principio de subsidiariedad, así como el probable efecto en el plano administrativo y en el de las finanzas regionales y locales.

Por otra parte, el Comité de las Regiones como todo órgano e institución europea está en la obligación de actuar con trasparencia. A partir de tal previsión todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Comité de conformidad con lo dispuesto en el art. I-50 CUE y lo establecido en el art. 68 RCdR. Según este último artículo para acceder a los documentos del Comité se estará a los principios, condiciones y limitaciones que se establecen en el Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (art 68 RCdR).

---

[21] Todos los proyectos de actos legislativos europeos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, debiendo incluir una ficha que en la que se señale los efectos que provocará en la normativa nacional, incluida, cuando proceda, la legislación regional (art. 5 PSyP).
Por otro lado, todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de seis semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo europeo, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 597



### 2. Plazos y efectos de los Dictámenes e Informes

En todos los casos en los que el CdR sea consultado por el Parlamento, el Consejo o la Comisión, estas instituciones podrán, si lo estiman necesario, establecer un plazo a fin de que el CdR presente su dictamen. Dicho plazo no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación que se curse al Presidente de dicho Comité. Transcurrido el plazo fijado sin haberse recibido el dictamen, tales instituciones podrán prescindir del mismo y seguir con la tramitación legislativa (art. III-388).

Si no hubiera un plazo establecido por el Parlamento, el Consejo o la Comisión para la elaboración de un dictamen o informe, o si se tratara de uno elaborado por iniciativa propia del Comité o en el caso de que se trate de una consulta efectuada al Comité Económico y Social, el Presidente a la vez de proceder, como ya lo hemos señalado, a designar la Comisión que deberá elaborar el dictamen o informe, fijará también un plazo para su presentación (art. 39.2 RCdR). Dicho plazo, en principio, no superará un máximo de dos reuniones, sin contar una primera que servirá para organizar el trabajo (art. 50.1 RCdR). En tales casos los proyectos de dictamen o de informe se elaborarán en el plazo establecido por el Presidente del Comité.

De producirse supuestos excepcionales, la Mesa del Comité podrá autorizar reuniones adicionales para la elaboración del proyecto de dictamen o de informe o ampliar el plazo para su presentación. (art. 50.2 RCdR). En los casos en los que la Comisión encargada de un proyecto de dictamen o de informe no pudiere elaborarlo en el plazo que se le haya fijado, la Mesa podrá proponer a la Asamblea que designe un ponente general, con el objeto de que presente directamente a ésta un proyecto de dictamen o de informe. Si el plazo fijado para la elaboración del dictamen o informe no fuere suficiente para que la Asamblea designe un ponente general en el pleno, podrá designarlo el Presidente, que informará a la Asamblea en el pleno siguiente. En ambos casos, la Comisión de que se trate celebrará en la medida de lo posible un debate general de orientación sobre el tema del dictamen o del informe (art. 40 RCdR).

Por otra parte, y con relación a los efectos de los dictámenes e informes del CdR se debe señalar que de acuerdo con lo establecido por el art. III-388 CUE tales dictámenes e informes serán remitidos al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, junto con el acta de sus deliberaciones (art. III-388 CUE). Ahora bien, el carácter consultivo del Comité hace que tales instituciones deban tener necesariamente en cuenta lo dictaminado por el CdR (como criterio de análisis), pero que no estarán vinculadas por ello, pudiendo actuar de conformidad con tal dictamen (total o parcialmente), pero también en contra del mismo.

### 3. La elaboración de Resoluciones

La Asamblea del Comité de las Regiones podrá adoptar Resoluciones sobre temas de actualidad que guarden relación con las actividad de la

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 598



Unión Europea así como con intereses importantes de los entes territoriales regionales o locales (art. 42.1 RCdR).

Las propuestas de resolución y las peticiones para la elaboración de resoluciones se someterán por escrito a la Mesa e irán firmadas por al menos treinta y dos miembros o por un grupo político, con indicación de los nombres de los miembros o del grupo que las apoyan (art. 42.2 RCdR).

Si la Mesa decide seguir con la tramitación del proyecto de resolución o la petición para la elaboración de una resolución, podrá (art. 42.3 y 4 RCdR):

- Incluir el proyecto de Resolución en el anteproyecto de orden del día del pleno, o designar una Comisión competente y fijarle un plazo para que elabore el proyecto de resolución.
- En casos urgentes, la Mesa podrá inscribir el proyecto de resolución en el orden del día del siguiente pleno, y se examinará en el segundo día de sesión del pleno. Los proyectos de resolución referentes a acontecimientos imprevistos que se hayan producido una vez expirado el plazo antes mencionado podrán entregarse hasta tres horas antes del comienzo de la reunión de la Mesa. Si la Mesa decide que el proyecto tiene que ver con aspectos centrales del cometido del Comité, la propuesta se tramitará siguiendo la tramitación de urgencia antes mencionada.

### E. LA SECRETARÍA GENERAL

El Comité estará asistido por una Secretaría General configurada como un órgano de carácter técnico y administrativo que apoya las tareas desarrolladas por el Comité con el objeto de garantizar su buen funcionamiento y el de sus órganos. Asiste, también, a los miembros titulares y suplentes en el ejercicio de su mandato, brindando también sus servicios las delegaciones nacionales, grupos políticos y miembros no inscritos.

La Secretaría General estará dirigida por un Secretario General, quién bajo la autoridad del Presidente, es el encargado de velar por la ejecución de las decisiones tomadas por la Mesa o el Presidente. El Secretario General será nombrado por la Mesa mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de sus miembros (art. 62 RCdR). Participa con voz pero sin voto en las reuniones de la Mesa, de las que levantará acta (art. 61 RCdR). Por otra parte el personal de la Secretaría General estará encargado de levantar acta de las reuniones de los demás órganos del Comité (art. 60 RCdR).

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de estas líneas hemos podido apreciar la importante labor que desarrolla el Comité de las Regiones como órgano de la Unión Europea desarrollando una importante función consultiva que le permite participar en el diseño y planteamiento de las políticas y en la elaboración del Derecho de la Unión Europea. Dicha función la desarrolla el Comité de las Regiones con

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 599



el objeto de velar de forma específica por los intereses territoriales locales y regionales y en tal sentido que se garantice el principio de subsidiaridad, de proximidad, así como el respeto a la identidad regional y local, a las competencias, a la transparencia, con lo que su consolidación viene a reforzar tanto la legitimidad de la UE como su democracia institucional.

* * *

## BIBLIOGRAFÍA


BELTRAN, S. *L'Assemblea de les Regions d'Europa*. Generalidad de Cataluña, Escuela de Administración Pública. Barcelona. 1996.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. «El Comité de las Regiones: La institucionalización de la cuestión regional», en *REALA*, nº 263, 1994.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. y SANZ RUBIALES, I. El Comité de las Regiones, Ed. Comares, Granada, 2000.

CORRO MARTÍNEZ, A., «La Unión Europea y el principio de subsidiariedad», Revista de Administración Pública, n. 126, 1991, pp. 217-236.

FERNÁNDEZ CASTAÑO, E. «El Comité de las Regiones en el Tratado de la Unión europea», en *España y el Tratado de la Unión Europea*. Colex, Madrid, 1994.

HUICI SANCHO, L. *El Comité de las Regiones: su función en el proceso de integración europea*. Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003.

LETAMENDÍA, F. (coord.). *Nacionalidades y Regiones en la Unión Europea*. Instituto Vasco de Administración Pública-Editorial Fundamentos, Madrid, 1998.

MORENO VÁZQUÉZ, M. *Comité de las Regiones y Unión Europea: su incidencia en las Comunidades Autónomas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MUÑOA, J. M. «El Comité de las Regiones y la democracia regional y local en Europa», en Letamendía, Francisco (coord.). *Nacionalidades y Regiones en la Unión Europea*. Instituto Vasco de Administración Pública-Editorial Fundamentos, Madrid, 1998.

PELLISE, C. «El Comité de las Regiones, órgano político de los poderes locales en la estructura institucional de la Unión Europea», en *Anuario del Gobierno Local*, Barcelona, 1997.

PIÑOL, J.L. «El proceso de adopción del Principio de subsidiaridad en la Comunidad europea», *Afers internacionals,* nº 25, 1993.

VV.AA. *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1995.

ZABALA OTEGUI, J. «La participación regional en el proceso de integración europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 35, 1993.

11577-600-Estado autonómico62 15/10/05 11:25 Página 600

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 601

# SOLIDARIDAD ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS PRESTACIONES SANITARIAS

**Goretti Sagarduy Uribe-Echebarría**
*Abogados*

Desde el contenido de la Constitución Española de 1978 se acepta «el compromiso directo del Estado en la realización de los fines de la Seguridad Social. El Estado es además del responsable de la organización de un régimen público de Seguridad Social de una protección concreta que se satisface a través de un régimen público de Seguridad Social». Todo ello dentro del mandato del artículo 41 CE para mantener ese régimen público de Seguridad Social.

Si por el artículo 149.1.17 de la Constitución es competencia legislativa del Estado la materia de «Seguridad Social» «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas», siendo que las Comunidades Autónomas tienen asumidas las competencias en «Sanidad e higiene» (art. 148.1.21.ª).

Pero el riesgo de una erosión en la igualdad de prestaciones ha sido creado por los posibles aumentos que desde cada Comunidad Autónoma se vayan haciendo en las prestaciones sanitarias.

Esa desigual prestación sanitaria, viene vinculada tanto a las políticas sociales como económicas de cada Comunidad Autónoma y esta última se ve condicionada por la financiación de que se nutren que son las cotizaciones y de las asignaciones presupuestarias de cada Comunidad Autónoma.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La conexión entre la Seguridad Social y la Protección de la Salud supone enlazar los arts. 41 y 43 de la Constitución. Por el hecho de que el derecho a la protección de la salud que es un bien individual se puede instrumentar dentro de un sistema sanitario unitario en conexión con los servicios de salud pública y de Seguridad Social.

El alcance del mandato constitucional del art. 43 es de carácter universal, siendo sujetos de este derecho todos los individuos residentes en el territorio nacional.

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 602



## ALCANCE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Comporta un derecho al acceso a los medios sanitarios existentes, no a la obtención de un posible resultado lo cual dependerá de variados factores.

En este sentido en el ámbito supranacional tanto en los Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. y de la Carta Social Europea se reconoce el derecho «a los cuidados médicos y no el derecho a la salud».

El art. 43.2 hace una reserva de ley y determina que será está la que fije los términos concretos que competen y hagan efectivo dicho régimen jurídico de las Comunidades Autónomas por parte de los ciudadanos. Con ello se otorga por lo tanto a las Comunidades y demás poderes públicos administrativos para que establezcan servicios propios (organización), o para que controlen y vigilen la actuación de las entidades públicas menores o de las entidades particulares gestoras o colaboradoras (tutela). Y la Ley General de Sanidad, así como la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 28 de mayo de 2003, establecen para los ciudadanos la tabla de derechos y también de obligaciones.

Pero el servicio nacional de salud, público y de gestión oficial, no es una consecuencia ni obligada ni natural del precepto contenido en el artículo 43.2 de la Constitución.

Todo ello sin olvidar que las imposiciones sanitarias han de responder al principio de que los deberes sanitarios han de tener fundamento en una ley formal y toda limitación a la libertad individual por razones sanitarias se hará con las máximas garantías dentro de la ley que se promulgue al efecto.

Sabido es que el derecho a la protección de la salud «solo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Pero de un estudio más detenido de su contenido, siguiendo a BOTHE se pueden examinar tres aspectos: negativo, positivo e igualitario.

En el aspecto negativo, implica que los sujetos tienen derecho a que el Estado y por ende las Comunidades Autónomas se abstengan de todo tipo de actos que pudieran poner en peligro o lesionar la salud de cualquiera de ellos.

En el aspecto positivo, implica la obligación por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas de la prevención de enfermedades (así campañas de vacunación) como la mejora de los ámbitos sanitarios.

En el aspecto igualitario, implica un igual acceso a todos los ciudadanos a los servicios y medidas disponibles en el Estado, por supuesto con independencia de allí donde tenga su residencia habitual el sujeto, consagrado constitucionalmente en los preceptos siguientes (arts. 1.1; 9.1; 14; 138; 139, etc.). Y por la obligación de los poderes públicos de conformidad con el art. 9.2 de la Constitución se dará la compensación de desigualdades económicas, por lo que el Estado en todo caso debe garantizar sin discrimina-

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 603



ción ni por razón de renta ni por razón de residencia el acceso a todas las técnicas y adelantos tecnológicos-sanitarios de que se pueda disponer.

## ACTUALES GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA

La actual Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 16/2003, de 28 de mayo, establece una serie de garantías con lo cual todos y cada uno de los Servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma regirán sus parámetros y actividades dentro de esas garantías, sin que puedan existir diferencias de trato o prestación para los pacientes, sea el que sea el lugar donde se dé cobertura a la asistencia sanitaria requerida.

Completadas las transferencias en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, las competencias del Estado por medio del Ministerio de Sanidad y Consumo son limitadas, pero trascendentales. El Estado como garantizador que es de una serie de derechos fundamentales de los ciudadanos en general y en concreto en materia sanitaria, es el único que puede y debe actuar en la protección de esos derechos y no otro; por lo que no puede hacer dejación de su función. La garantía de los criterios básicos del Sistema Nacional de Salud es por medio del Ministerio el que dispone de la capacidad para procurar que se cumpla con los parámetros de solidaridad, cohesión, equidad y calidad; y esto lo procura por medio del Consejo Interterritorial que es el foro donde debaten el Estado y las Comunidades Autónomas (la Ley de Cohesión y Calidad así lo establece diciendo que allí es donde se discutirán cuantos asuntos relevantes de su competencia puedan tener incidencia en el funcionamiento cohesionado del Sistema Nacional de Salud).

Es función primordial del Ministerio garantizar la coordinación entre las Consejerías de Sanidad de cada Comunidad Autónoma.

El propio texto legal reconoce que «La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle así garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación» pero por supuesto sin olvidar que «el sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta dicho Estado autonómico».

Sin que en ningún caso suponga pérdida de competencias de las Comunidades Autónomas, siendo el principio de solidaridad primordial en el Sistema Nacional de Salud, para conseguir precisamente esa solidaridad pero en ningún caso para pretender disminuir la competencias autonómicas ni tan siquiera para ejercer control alguno sobre las Consejerías autonómicas ni sobre sus competencias. El Principio de solidaridad está por encima de cualquier discusión política que se pueda plantear, es un principio constitucional y se sustentan en los derechos fundamentales de los ciudadanos como es el derecho a la salud.

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 604



La solidaridad en materia sanitaria dentro del Estado español, implica una asistencia homogénea en todas y cada una de las Comunidades Autónomas, pero para conseguir esta homogeneidad es preciso articular unos métodos y protocolos que las Comunidades Autónomas deben seguir, métodos que deben ser elaborados por el acuerdo entre las Comunidades Autónomas y si es preciso con la supervisión del Ministerio. En este sentido se han pronud de lanciado sectores de la política del país como ha sido el Consejero de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid según el cual «Nos encontramos ante un modelo descentralizado pero que necesita de la existencia de mecanismos que vertebren y permitan cumplir ese principio de solidaridad» y para lo cual se debe confiar «en la compatibilidad y en la necesidad de un sistema de salud coordinado que, respetando los diferentes modelos de gestión, permita aprovechar las ventajas de la cercanía de las comunidades con la Administración».

Garantizar la solidaridad es una cuestión que nada tiene que ver con que el sistema sanitario sea centralizado o descentralizado, ya que tanto en uno como en otro supuesto la solidaridad debe de estar siempre garantizada según el mandato constitucional al efecto.

Las desigualdades sanitarias entre regiones o entre comunidades suponen en tal caso una desigualdad de acceso y prestaciones para los ciudadanos ocasionadas simplemente por el hecho circunstancial de encontrarse en uno u otro territorio, y esto dado que, en el momento histórico en que vivimos, la movilidad de las personas, tanto temporalmente como de continuidad es muy habitual, por lo que se hace preciso que los ciudadanos tengan las mismas prestaciones sanitarias cuando están de viaje o de vacaciones como cuando están en su domicilio habitual. En consecuencia, el ciudadano tiene el derecho al mismo nivel de prestaciones y tratamientos sanitarios en su domicilio como en sus desplazamientos. Por lo tanto para conseguirse esa invariabilidad del Sistema sanitario dentro de todo el territorio nacional se hace preciso dentro del sistema descentralizado autonómico establecer métodos de solidaridad con el fin de procurar la equidad para con los sujetos y entre los sujetos.

El posibilitar una igualitaria sanidad ha sido preciso que la financiación sanitaria pública se reparta por igual en todas las Comunidades Autónomas lo cual se ha conseguido con la transferencias de competencias desde el Estado a las comunidades. Pero esa gestión debe estar «tutorizada» pues la descentralización comporta el riesgo del fraccionamiento del sistema. «Para evitarlo, hay que asegurar una financiación suficiente, una cartera de servicios básicos en todas las Comunidades».

«La solidaridad de nuestro sistema sanitario no depende de que su gestión sea centralizada o autonómica, sino de la voluntad que tengamos de hacer solidario el sistema, y habrá que plasmar en normas que hagan efectiva la suficiencia financiera necesaria».

11601-610-Estado autonomico63 15/10/05 11:29 Página 605



El Consejo Interterritorial tiene por lo tanto una labor muy importante como órgano de coordinación y de debate donde se pueden debatir problemas y buscar soluciones. Es el órgano básico de cohesión, que fue creado por la Ley General de Sanidad, como órgano de planificación, coordinación, comunicación e información y compuesto por igual número de representantes de la Administración del Estado que de la Administración de las Comunidades Autónomas y que con la LCCSNS pasa a ser un órgano de coordinación, cooperación comunicación e información de los Servicios de Salud entre ellos y con la Administración del Estado, constituido por el Ministerio de Salud y Consumo y por los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas.

A su vez el Comité Consultivo dependiente del Consejo Interterritorial, que estaba integrado por representantes de las organizaciones sindicales, empresariales y asociaciones de consumidores y usuarios junto con la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, pasa a estar constituido por representantes de las organizaciones sindicales y empresariales junto con las de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Local, transformándose en un órgano tripartito de participación institucional y consulta.

La búsqueda de conseguir un servicio sanitario publico de calidad para los ciudadanos «y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de su residencia» es la máxima aspiración a la que debe aspirar una sociedad democrática y el Estado de bienestar así lo impone, por lo que ninguna Comunidad Autónoma es autosuficiente y todas necesitan el concurso del resto de ciudadanos y médicos para dar la atención necesaria a los pacientes, cuestión que se pone de relieve en el funcionamiento del Sistema español de transplantes (comparecencia de la Ministra Salgado ante el Senado el 2-diciembre-2004).

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud aporta al nuevo modelo la definición de «aquellos ámbitos en que es precisa la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En estos ámbitos se define un núcleo común de actuación del Sistema Nacional de Salud y de los servicios de salud que lo integran. Sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, se pretende que la atención al ciudadano por los servicios públicos sanitarios responda a unas garantías básicas y comunes».

En el aspecto de reparto de competencias, la LCCSNS en la Disposición Final Primera, referente al título competencial expresamente se dice que: «La presente Ley se dicta al amparo del art. 149.1.1ª, 16ª y 17ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y régimen económico de la Seguridad Social». También incluye las excepciones para una serie de preceptos que son competencia exclusiva del Estado al amparo de otros

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 606



apartados del articulo 149 de la Constitución o aplicables únicamente a la Administración General del Estado.

La LCCSNS, una vez descentralizado el sistema sanitario, determina los ámbitos mas notables de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por otro lado, establece mecanismos de cooperación y coordinación en asistencia sanitaria y en salud pública e instrumentos para tomar decisiones.

Esta Ley en lo que afecta a los ciudadanos en su derecho a la protección de la salud establece que «Las Administraciones públicas orientarán sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud». Por lo tanto, el SNS debe dar respuesta a las necesidades planteadas por estos ciudadanos para garantizar la equidad en el acceso y la prestación.

La corrección de desigualdades se realizará por el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Fondo de Cohesión sanitaria y según se determine reglamentariamente, realizando políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades. Estas políticas se desarrollaran mediante planes integrales de salud, que tendrán variables epidemiológicas y sociales que supongan una mayor necesidad de servicio, tales como patologías crónicas, morbimortalidad estandarizada por edad, población infantil, población inmigrante y otras de carácter similar. Todo ello está así dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la LCCSNS que determina las funciones del Fondo de Cohesión el cual tiene como «finalidad garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca, y será gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo».

El elemento de cohesión sólo puede estar residenciado en la vinculación del SNS con el Sistema de la Seguridad Social, por tratarse de un sistema solidario y redistributivo en el ámbito de todo el Estado. Pero se hace precisa una suficiencia financiera para que la prestaciones sanitarias se den en condiciones de equidad es necesario redefinir el Fondo para la Cohesión del Sistema Nacional de Salud y determinar su dotación por el Estado, incluyendo además de los gastos que ocasionan los desplazados programados y los ciudadanos de la Unión Europea, otros aspectos necesarios para el mantenimiento de la integridad y cohesión del Sistema Nacional de Salud.

## BENEFICIOS PARA LA SANIDAD DEBIDOS A LA DESCENTRALIZACIÓN

Las Comunidades autónomas deben de impulsar la modernización del sistema de salud español y esto será así siempre que las mismas avancen

11601-610-Estado autonomico63 15/10/05 11:29 Página 607



dentro de su sistema sanitario, lo cual provocará que entre unas y otras Comunidades se potencie la progresión en sanidad por la suma de esfuerzos de unas y otras, lo cual no sucede en un sistema centralizado «las transferencias no deben ser vistas como una amenaza, pues son una buena base para modernizar el sistema de salud español».

La Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente de 14 de noviembre 2002 como ley que desarrolla el mandato constitucional del artículo 43 de protección de la salud, regula los aspectos de autonomía del paciente, y de documentación e información clínica, cumpliendo con los derechos a la información sanitaria, el derecho a la intimidad y el respeto a la autonomía del paciente.

Esta Ley 40/2002 deja sin establecer el derecho de los ciudadanos a pedir ser tratados en cualquier centro dentro del Sistema Nacional de Salud cuando en su artículo 13 regula el Derecho a la información para la elección de médico y de centro «Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes».

Los ciudadanos deben ser iguales con independencia de sus circunstancias personales o de la comunidad en la que residan, pero ello no depende exclusivamente, como parece que pretenden que así sea los consejeros de cada Comunidad, de los recursos que se asignen y del sistema de financiación de las autonomías, sino también de establecer criterios de igualdad y de solidaridad para conseguir que las prestaciones sanitarias, sus mejoras y avances alcancen al conjunto de la población española y que ello no esté condicionado al lugar de residencia u obligue en su caso a procurarse un cambio de residencia para obtener prestaciones que de otra forma no se tendrían en la Comunidad de origen, hecho que tenemos que reconocer que se da en la realidad, con lo cual de facto queda incumplido el principio de la igualdad entre los ciudadanos y de la solidaridad entre las Comunidades Autónomas.

Los desequilibrios financieros que se pueden dar al realizar la comparación entre los ingresos de cada Comunidad deben ser corregidos por la solidaridad entre las regiones, no sólo por principio sino también porque muchos de los residentes de unas determinadas Comunidades, con mayores recursos, realizan estancias temporales en otras regiones con menos recursos.

Parece que será necesario un pacto de ámbito estatal entre las Comunidades autónomas referente a la cartera de servicios que requiere el Sistema Nacional de Salud, las prestaciones básicas y la posible incorporación de prestaciones adicionales con la adecuada financiación.

El fondo de Cohesión es el método para corregir las desigualdades entre autonomías derivadas de aspectos como el volumen de población, la in-

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 608



sularidad o el envejecimiento, pero «alguien tiene que estar por encima de los gobiernos autónomos para velar por corregir las desigualdades».

Con el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de 1 de enero de 2002 se ha conseguido hacer mas visible el principio de solidaridad en la prestación de un nivel equivalente de los servicios, al margen de la mayor o menor capacidad fiscal de cada Comunidad Autónoma, por medio de diversos instrumentos que son:

- «Fondo de renta relativa», que tiene por objeto compensar la menor riqueza relativa de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- «Fondo para paliar la escasa densidad de población», que, como su nombre indica, pretende favorecer a las Comunidades Autónomas con escasa densidad de población (inferior a 27 habitantes por metro cuadrado) y con superficie inferior a 50.000 $Km^2$.
- «Modulación de crecimiento», que determina que aquellas Comunidades cuya renta por habitante sea inferior al 70 por ciento de la media no puedan crecer por debajo del 120 por 100 de la media de crecimiento del conjunto de las Comunidades.
- «Fondo de desplazados» (o de cohesión sanitaria) que garantiza el acceso de todos los ciudadanos a los servicios sanitarios en todo el territorio nacional, independientemente de la Comunidad Autónoma de residencia.
- «Respeto del *status quo*», que determina que ninguna Comunidad Autónoma perciba, para cada bloque competencial, menos recursos de los que les correspondían con el sistema anterior.
- Y los «Fondos de Compensación Interterritorial», que actúan fuera del nuevo sistema de financiación y tienen por objeto lograr la convergencia de los niveles de renta de las distintas Comunidades Autónomas.

Se debe dar una compensación a las Comunidades Autónomas por el saldo neto que hayan invertido en la asistencia sanitaria prestada a desplazados. El Fondo de Cohesión debe servir para la corrección de desigualdades que se puedan dar entre comunidades con el fin de conseguir la igualdad constitucional del Estado.

Sería de desear que se creen Protocolos y Procedimientos de Coordinación Sociosanitaria entre la red pública de Servicio Social y el Sistema Nacional de Salud, previo acuerdo de las Comunidades Autónomas.

La sanidad es uno de los pilares del Estado de bienestar. Todos los ciudadanos tienen derecho a la sanidad pública y gratuita. Pero la progresión de crecimiento del gasto en sanidad no se corresponde con el crecimiento en ingresos para sanidad, por lo cual su financiación es el eje sobre el que gravita su existencia y los déficits que se dan en algunas Comunidades Autónomas provocan un cierto desequilibrio que se traduce en una desigual-

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 609



dad real en las prestaciones que reciben los ciudadanos según donde residan o se encuentren temporalmente dentro del territorio nacional.

## BENEFICIOS PARA LOS CIUDADANOS DERIVADOS DE LA LCCSNS CON LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL

El artículo 57, regula la emisión y validez de la tarjeta sanitaria individual, estableciendo los datos básicos comunes que deberá incorporar, el código de identificación personal del Sistema y la base de datos de población protegida por dicho Sistema.

Esta tarjeta vendrá a ser válida en todo el Sistema Nacional de Salud, con lo que se pretende facilitar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias en los distintos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Las ventajas de la nueva tarjeta son diversas, como:

- Facilitar la libre circulación de los ciudadanos entre los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y mejorar la calidad de la asistencia sanitaria.
- Favorecer el conocimiento de los datos sanitarios de los ciudadanos allí donde se encuentren.
- Evitar errores médicos por conocimiento de los tratamientos recibidos por el paciente en el Sistema Nacional de Salud.
- Acceso automático a la información administrativa básica de cualquier ciudadano que necesite ser atendido.
- Ser medio para tener registros de población permanentemente actualizados.
- Control de recursos por ciudadanos no residentes en una determinada Comunidad Autónoma.

La equidad como desarrollo del principio de igualdad de la Constitución española implica el garantizar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones en igualdad de condiciones, y la posibilidad de la protección de la salud en todo el territorio nacional posibilitando así mismo la libre circulación de los ciudadanos en cuanto que pacientes. En estas circunstancias la solidaridad será real y efectiva porque la existencia de la igualdad implica que las Comunidades Autónomas actúan en un pleno y absoluto régimen de solidaridad en sus actuaciones sanitarias.

11601-610-Estado autonómico63 15/10/05 11:29 Página 610

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 611

# ESTADO AUTONÓMICO Y DIVERSIDAD

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 612

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 613

# REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. PUNTOS ABIERTOS AL DEBATE *

**Flor Arias Aparicio. Amaya Fernández. Pilar López**
*Investigadoras del Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Públia (GOBERNA)*
*Instituto Nacional de Administraciones Públicas*

## I. APROXIMACIÓN A LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

Desde marzo de 2004 se ha abierto un proceso generalizado de reforma estatutaria y, con ello, el debate sobre el modelo territorial del Estado. Lideran este proceso las Comunidades Autónomas de País Vasco, Cataluña y Valencia aunque también destacan las propuestas formuladas por Andalucía, Baleares, Aragón y Canarias. No obstante, son importantes las diferencias y distinto el planteamiento que sustentan cada una de estas propuestas de reforma.

Por lo que al País Vasco se refiere, los presupuestos de la propuesta (conocida como Plan Ibarretxe), se dirigían hacia la creación de un Estado libre asociado fuera del marco de la Constitución Española, lo que motivó su rechazo en el Congreso de los Diputados en pleno el 1 de febrero de 2005[1], por lo que el presente estudio no entrará en su análisis.

La propuesta de Estatuto catalán, por su parte, ha superado la lectura de la primera ponencia[2] con un considerable consenso por parte de todos los grupos políticos de la Cámara, y está pendiente de una segunda lectura. Los términos que se sostienen en el nuevo estatuto de autonomía replantean las relaciones entre Estado y Cataluña, impulsando el bilateralismo. Dicha propuesta supone un avance significativo en el desarrollo del modelo de Estado autonómico, pero en ocasiones podría tener un difícil encaje constitucional.

Respecto al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, la Mesa de las Cortes Valencianas ha presentado a las Cortes Generales la Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica para su reforma[3]. Su contenido es similar en muchos aspectos al de la propuesta catalana,

---

* Agradecemos a José María Vidal Beltrán el apoyo que nos ha prestado para elaborar esta comunicación. Sus sugerencias han sido fundamentales en el avance de estas reflexiones.

[1] La propuesta de Estatuto para Euskadi había sido previamente aprobada por el pleno del Parlamento vasco el 30 de diciembre de 2004, que decidió su envío al Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. En enero de 2005, el Presidente del Parlamento vasco entregó su propuesta de Estatuto al Presidente del Congreso, para su votación, siendo rechazado por 313 votos en contra, 29 a favor y 2 abstenciones.

[2] El texto completo de la ponencia puede consultarse en la página web: http://www.parlament-cat.net/

[3] El texto completo de la ponencia puede consultarse en la página web: http://www.cortsvalencianes.es/

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 614



aunque la valenciana destaca por su espíritu moderado, que en principio, no plantea conflictos relevantes con el resto del ordenamiento jurídico.

Tras más de veinticinco años de democracia es necesario avanzar en la construcción del Estado autonómico que en el momento presente promueven las propuestas de reforma estatutaria siendo preciso reflexionar sobre la adecuación de las mismas a la consecución de este objetivo. En consecuencia, el propósito de esta comunicación es sólo apuntar las principales líneas de reforma de los Estatutos que se están planteando y su legitimidad en el ordenamiento jurídico.

## II. POTENCIACIÓN DE LA SINGULARIDAD TERRITORIAL

Uno de los puntos más llamativos en el ámbito de la reforma estatutaria es el relativo a la potenciación de la particularidad territorial.

De todas las propuestas formuladas resulta especialmente significativa la del Estatuto Catalán ya que en él se pretende avanzar hacia el establecimiento del término nación catalana[4] frente a su vigente configuración como nacionalidad. El examen de su viabilidad debe partir del art. 2 CE en el que se establece la unidad de la Nación española y se reconoce y garantiza la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, de modo que, en principio, el término «Nación» aparece reservado en exclusiva para el conjunto del Estado español.

Se halla fuera de discusión la afirmación de la inexistencia de diferencias jurídicas entre las Comunidades Autónomas que se definen como nacionalidad frente a las que se consideran región[5]. No obstante, tal y como indica AJA, la doble referencia a «nacionalidades y regiones» que el art. 2 CE realiza, implica el reconocimiento de que existen unas conciencias colectivas de pertenencia a una comunidad política más fuerte que otras[6]. En el mismo sentido se pronuncia CORCUERA insistiendo en que la diferente denominación sirve como manifestación de la riqueza de situaciones en que se encuentran los diversos pueblos de España[7], así como F. RÍOS RULL al indicar

---

[4] En la primera lectura de la ponencia se establece, en el título preliminar, que «Cataluña es una nación que ejerce su autogobierno mediante instituciones propias, constituida como comunidad autónoma de acuerdo con la Constitución y el Estatuto.»

[5] Así lo ha defendido el Tribunal Supremo y de ello ha dado cuenta solvente doctrina. *Vid.* J. CORCUERA, «La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el decimoquinto aniversario de la Constitución», *Documentación Administrativa* núm. 232-233, octubre 1992, págs. 19 y ss; J. FERRANDO BADÍA, *El Estado unitario, el federal y el Estado Autonómico,* Tecnos, Madrid, 2ª Ed., 1986, págs. 248 a 250; A. PÉREZ CALVO, «*Pueblo, nacionalidades y regiones en la práctica estatutaria*», *op. cit.*, pág. 120, J. J. RUIZ, «*La reforma constitucional del Senado en España y la asimetría del Estado autonómico: la igualdad en la representación de las nacionalidades y regiones*», AAVV (Coordinador: F. PAU I VALL), *El Senado, Cámara de representación territorial,* Tecnos, Madrid, 1996, págs. 397 y 398, etc.

[6] *Vid.* E. AJA., El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, págs. 160 y 249.

[7] *Vid.* J. CORCUERA ATIENZA, «La «cuestión regional» en España y la construcción del Estado autonómico», AA.VV. (Directores: J. RODRÍGUEZ-A y P. GARCÍA MEXÍA), *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* INAP-Montecorvo, Madrid, 2003, págs. 122 y 123.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 615



que éstos son conceptos socio-políticos que se refieren al grado de identidad colectiva de los ciudadanos de un determinado territorio, estén constituidos o no en Estado, mientras que Estado o Comunidad Autónoma son conceptos jurídicos[8]. Finalmente, SANTAOLALLA LÓPEZ, confirma que la referencia a las «nacionalidades y regiones» del art. 2 CE, tiene un valor político indiscutible pero no en el ámbito jurídico constitucional donde no se determina en qué consisten tales, ni se proporciona un criterio para conocer si ambas realidades son o no jurídicamente la misma cosa[9].

Pese a lo expresado, la propuesta del Estatuto de Cataluña evidencia que su definición como nacionalidad les resulta insuficiente en la actualidad, por lo que quieren constituirse en nación catalana, es decir, se trata de utilizar otro término político de mayor significado que el de nacionalidad, sin que su utilización implique su conversión en Estado (los pueblos-nación no son sujetos del Derecho Internacional porque ni tienen legitimación activa para reclamar, ni incurren en responsabilidad internacional. Sólo los Estados y las Organizaciones Internacionales y en contados casos los individuos, son sujetos del ordenamiento internacional[10]). Con ello se persigue resaltar su diferenciación sobre el resto de Comunidades Autónomas, lo cual podría fundamentar, como señala TAJADURA, un mayor techo competencial o una posición diferente de Cataluña al de las demás Comunidades en el seno del Estado[11]. Además, con unos mínimos conocimientos de historia se puede reconocer en la definición de nación un primer paso cierto hacia el reconocimiento del derecho a la autodeterminación que, de ningún modo, debe admitirse por vía estatutaria.

Por todo lo indicado, es difícil considerar que el art. 2 CE pueda permitir, simultáneamente, la existencia de una Nación española y una nación catalana aunque, ciertamente, el reconocimiento de esta última no conllevará ningún efecto jurídico. No falta quien considera válida su acepción por el carácter polisémico del término[12] pero el refuerzo de la identidad catalana debe acontecer por otra vía y no por la utilización de nociones conflictivas, de muy discutible anclaje constitucional y que puede conducir a la evolución del Estado Autonómico hacia un Estado Confederal, no Federal.

Finalmente, debe subrayarse que la propuesta de reforma del Estatuto de la Comunidad de Valencia mantiene su configuración como nacio-

---

[8] *Vid.* J. J. RUIZ, «La reforma constitucional del Senado en España y la asimetría del Estado autonómico: la igualdad en la representación de las nacionalidades y regiones», *op. cit.*, págs. 397 y 398.

[9] *Vid.* F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «*Nacionalidades y regiones, y Senado*», AA. VV. (Coordinador: F. PAU I VALL), El Senado, Cámara de representación territorial, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 375 a 380.

[10] *Vid.* J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Tecnos,* Madrid, 8ª. Ed., 2002, pág. 275.

[11] En el mismo sentido, J. TAJADURA TEJADA, «La reforma del Estatuto de Cataluña: propuesta y límites», AA. VV., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 61.

[12] *Vid.* C. VIVER I PI-SUNYER, «La reforma de los Estatutos de Autonomías», AA. VV., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 30.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 616



nalidad, añadiendo su adjetivación como histórica, de modo que la polémica suscitada con ocasión del término nación de la propuesta del Estatuto Catalán aquí no acontece.

## III. INCLUSIÓN DE UNA CARTA DE DERECHOS Y DEBERES A NIVEL AUTONÓMICO

Tanto la propuesta del Estatuto de Autonomía de Cataluña como la de la Comunidad Valenciana contienen una relación de derechos y deberes en términos similares a los reconocidos en la Constitución Española y europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos[13].

La inclusión de una tabla de derechos en los Estatutos de Autonomía plantea una serie de cuestiones relacionadas tanto con la naturaleza de esta norma como con la transcendencia y consecuencias que tal reconocimiento implica. En concreto, estas consideraciones pueden reconducirse a las dos siguiente: por un lado, supone el replanteamiento de la categoría misma de Estatuto de Autonomía, en cuanto a su carácter de «norma institucional básica»; por otro, exige una reconsideración sobre el contenido y efectos de tal reconocimiento así como sobre las limitaciones que el principio de igualdad impondría a esa tabla.

La primera pregunta que cabe hacerse es si los Estatutos de Autonomía pueden contener este tipo de declaraciones, fundamentalmente atendiendo a su carácter de norma institucional básica (art. 147.1 CE). Tal carácter deviene en tanto que el Estatuto es el instrumento básico que hace efectivo el derecho de autonomía reconocido constitucionalmente, es la norma que instituye, erige, «hace nacer a la vida jurídica a un ente público antes inexistente»[14]. En este sentido, ese carácter institucional también resulta en cuanto el Estatuto concreta el marco constitucional de cada Comunidad definiendo las instituciones políticas y administrativas de gobierno propias y las funciones que específicamente asume.

En consecuencia, el Estatuto tiene como objetivo servir de sustento a la creación, organización y atribución de competencias para la Comunidad Autónoma. Así se desprende del art. 147.2 CE en el que quedan fijados los contenidos básicos que en los Estatutos deben figurar: la denominación de la Comunidad; la delimitación territorial; la denominación, organización e instituciones propias y las competencias asumidas.

---

[13] Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y culturales, en la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea. Estos tratados y acuerdos internacionales, en la medida que han sido ratificados por España han de ser tenidos en cuenta a la hora interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE).

[14] *Vid.* J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I., Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 617



A la luz del art. 147.2 CE, en principio, la declaración de derechos fundamentales queda excluida de la estructura normativa clásica que la Constitución prevé como contenido mínimo de los Estatutos. Ahora bien, todos los Estatutos han superado este contenido mínimo y necesario y han incorporado preceptos sobre distintas materias de diversa naturales que se han considerado importantes (normas relativas a símbolos, pluralismo lingüístico, hacienda y economía…). Es más, conforme a la vocación codificadora que el Estatuto posee de todos aquellos aspectos esenciales que afectan a la estructura y puesta en funcionamiento de la Comunidad Autónoma como entidad territorial de sustancia política, se han incorporado normas de naturaleza finalista o programática sobre la acción de los poderes públicos autonómicos, muchas veces reiteración de mandatos constituciones.

La inclusión de esta parte orgánica es adecuada y conforme a la naturaleza del Estatuto en cuanto que éste constituye la base y fundamento del correspondiente ordenamiento jurídico autonómico, organiza el poder de la Comunidad Autónoma. Más discutible es la previsión de una declaración de derechos no sólo por las consecuencias prácticas, a las que a continuación vamos a referirnos, que de ello pueden derivarse sino también porque estos derechos constituyen criterios fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico estatal (y el modelo de Estado como social y de derecho) del que los Estatutos forman parte[15]. Desde este planteamiento, la inclusión de una parte dogmática hace que el Estatuto adopte la forma de «Constitución interna», lo cual no viene sino a hacer visible, en definitiva, un deseo de transformar el Estatuto de Autonomía en una verdadera Constitución.

El segundo de los problemas que planteamos presenta más controversia: ¿se trata verdaderamente de derechos fundamentales?, ¿el contenido de estos derechos puede ser distinto (inferior o superior) al reconocido en la Constitución?, ¿quiénes son los beneficiarios de los mismos?

Como ya hemos apuntado, la práctica totalidad de los derechos reconocidos en las propuestas lo están también en la Constitución, es más, estos derechos están regulados por leyes estatales bien porque se exige Ley Orgánica (art. 81.1 CE), bien porque, de acuerdo con la distribución competencial (art. 149.1 CE), el Estado tiene algún título que le habilita a regular tales derechos como parte de la regulación sobre la materia de que se trata. En tales casos, las propuestas se limitan a repetir contenidos

---

[15] En este punto resulta interesante recordar la relación del Estatuto con la Constitución. Esta última, como *lex superior,* es una norma jerárquicamente supraordenada a los Estatutos de Autonomía. No sólo la elaboración y el contenido material del Estatuto deben atenerse rigurosamente a los preceptos constitucionales, so pena de nulidad (art. 27.2.a) LOTC), sino que además el texto de los Estatutos de Autonomías debe ser interpretado conforme a la Constitución, al igual que cualquier otra norma. Sobre la naturaleza de los Estatutos de Autonomía puede verse E. ÁLVAREZ CONDE, Algunas consideraciones sobre los Estatutos de Autonomía, Universidad de Valencia, Valencia, 1980; F. SANTAOLALLA LÓPEZ**,** «*Los Estatutos de Autonomía y su naturaleza paraconstitucional*», Rev. Organizacion territorial del Estado, n. IV, Madrid, 1984, pp. 2955 y ss; J. TORNOS MAS, «*Los Estatutos de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento jurídico español*», RAP, n. 91, 1980, pág. 125 y ss.; J. SALAS, «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de harmonización», *RAP*, n. 100-102, 1983, pág. 433 y ss.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 618



de los derechos fijados por el ordenamiento estatal. Así sucede, por ejemplo, con el derecho de participación (art. 23), el derecho de sufragio (art. 23) o el derecho de petición (art. 29).

Otras veces, se procede al desdoblamiento de derechos, en cuyo caso cabría reconducirlo al derecho básico y a su regulación. En esta línea estaría el conjunto de derechos del ámbito laboral como el horario que permita conciliar la dedicación profesional y la vida familiar, acceder gratuitamente a los servicios públicos de empleo, a prestaciones y recursos no contributivos de carácter paliativo[16]…

Asimismo, respecto de aquellos derechos reconocidos de forma novedosa (muerte digna y facultad de otorgar un documento de voluntades) habrá que estar al desarrollo legislativo posterior.

La transcendencia de este distinto reconocimiento de derechos es doble y se refiere tanto al contenido de los derechos como a las garantías jurisdiccionales[17]. Por un lado, en cuanto al contenido, hay que tener presente que algunos derechos, además de su reconocimiento, requieren de una acción legislativa complementaria que los rellene de contenido. Se hace preciso, por tanto, una regulación básica del derecho, se requiere el establecimiento de unos estándares fijos que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos cuyo desarrollo corresponde determinar al Estado ex arts. 81.1 y 149.1.1 CE. Esta igualdad en las condiciones básicas resultaría alterada si el mapa autonómico ofreciese un variopinto y desigual mapa de derechos.

Por otro lado, para que los derechos tengan la naturaleza de fundamentales es preciso que cuenten con la garantía jurisdiccional correspondiente. Por tanto sólo aquellos derechos que tengan el mismo contenido que el reconocido en la Constitución gozarán de la condición de fundamental. Respecto de aquellos otros no reconocidos en la Constitución o recogidos en términos distintos se deberían articular mecanismos para la protección efectiva del derecho[18]. La consecuencia que de ello se derivaría sería la existencia, para determinados ciudadanos (los de la Comunidad en la que se reconocen aquellos derechos), de una vía jurisdiccional más para la garantía de unos mismos derechos respecto de otros ciudadanos, lo cual no dejaría de entrar en contradicción con el principio de igualdad ante la Ley de los arts. 14 y 139 CE, que establece que «todos los españoles tienen los mismos derechos (...) en cualquier parte del territorio del Estado».

---

[16] *Vid.* art. 24 propuesta del estatuto catalán. http://www. parlament-cat.net

[17] *Vid.* J. Jiménez Campo, Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Madrid, 1999; L. Martín-Retortillo, I. De Otto, Derechos fundamentales y Constitución, Madrid, 1988.

[18] En este sentido, la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, presentada por la ponencia redactora en primera lectura, prevé la creación de una sala especial en el Tribunal Superior de Justicia para conocer de la vulneración de los derechos de los ciudadanos catalanes (art. 31 propuesta del estatuto catalán. http://www. parlament-cat.net).

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 619



En definitiva, que un derecho sea reconocido en unas Comunidades y en otra no produciría una quiebra del principio constitucional de igualdad, en sentido material, dejando de tener todos los españoles los mismos derechos en cualquier parte del territorio del Estado; y una vulneración frontal a este mismo principio, en su vertiente formal, en cuanto que incrementaría las garantías jurisdiccionales de derecho reconocido a nivel autonómico (doble vía de protección).

## IV. LA CONFIGURACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS COMO ADMINISTRACIÓN ORDINARIA EN SU ÁMBITO TERRITORIAL

La posibilidad de configurar la Administración propia de una Comunidad Autónoma como la Administración ordinaria en su ámbito territorial se ha planteado en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuya inclusión definitiva tendría principalmente dos consecuencias: en primer lugar, la supresión de la presencia de la Administración General del Estado en el territorio de Cataluña y la asunción de todas sus competencias en este ámbito por la Administración de la Generalidad; en segundo lugar, la integración de los entes de la Administración Local en la propia estructura institucional de Cataluña[19].

El planteamiento propuesto por la ponencia parte de la existencia de una profunda diferenciación entre las tres Administraciones, cuyas actuaciones se llevan a cabo de forma totalmente independiente. Entiende que existe una separación radical entre las tres instancias. Con el objetivo de buscar la satisfacción de los propios ciudadanos, preconiza la fusión de los tres ámbitos administrativos en la Administración de la Generalidad de Cataluña. Desconoce, sin embargo, que los mismos ciudadanos forman parte del conjunto del Estado y, a su vez, del ámbito más concreto que constituyen las entidades locales, por lo que todas ellas deben estar presentes y realizar sus actuaciones en un mismo ámbito territorial. De este modo, debe persistir «la idea central, basamento de todo el sistema, de que todos son eslabones entrelazados», lo que es una de las claves del sistema constitucional español[20].

Por otra parte, desde un punto de vista jurídico, el análisis de la viabilidad de la propuesta en este punto debe afrontarse desde tres perspectivas. En primer término, desde la conformidad de la propuesta con la organización

---

[19] Véanse al respecto los artículos 24 de la Sección 2ª, del Capítulo III, del Título III; 3 del Capítulo I del Título V y 1 del Capítulo I, del Título VI, todos ellos en relación con la asunción de las competencias propias de la Administración General del Estado en Cataluña por la Administración de la Generalidad. En relación con la Administración Local y su inclusión en la estructura administrativa de la Generalidad de Cataluña, véanse los artículos 38 y siguientes del Título III. El texto puede consultarse en la web del Parlamento de Cataluña: http://www.parlament-cat.es/. La propuesta valenciana, que también es obejto de análisis en diferentes apartados del comenteario, no recoge ninguna previsión en este sentido.

[20] Véase L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Dos reflexiones sobre la Administración única», *Rev. Andaluza de Administración Pública,* nº. 14, 1993. Págs. 11 a 25.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 620



territorial del Estado. En segundo lugar, las consecuencias que de su aprobación se derivarían para la Administración General del Estado. Por último, deben hacerse mención a sus implicaciones específicas en el ámbito local.

### IV.1. CONTROVERSIAS ENTRE LA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE CATALUÑA COMO ADMINISTRACIÓN ORDINARIA EN SU ÁMBITO Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL CONJUNTO DEL ESTADO

La propuesta de que la Administración de la Generalidad sea la Administración ordinaria en el territorio de Cataluña podría carecer de encaje en el actual sistema constitucional. Aunque la Constitución no ha llegado a explicitar la planta de las Administraciones públicas[21], dedica su Título VIII a la organización territorial del conjunto del Estado. En él, recoge una serie de principios básicos, trasladables a todos los ámbitos, inclusive a la organización de Administraciones públicas. Así, el art. 137 CE establece que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». La organización territorial del conjunto del Estado reconocida debe reflejarse, a su vez, en la estructura de las Administraciones públicas. Del contenido de este artículo se deriva que la organización administrativa del conjunto del territorio nacional se vertebra en tres pilares básicos: Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, cada uno de los cuales debe gozar de capacidad para llevar a cabo las funciones que le son propias.

Además, esta autonomía procede no sólo de su expreso reconocimiento constitucional, sino que emana directamente de la legitimidad de los representantes políticos que en cada uno de estos ámbitos son elegidos por los ciudadanos en ejercicio de la soberanía popular. Como consecuencia de ello, los electos deberán llevar a cabo una adecuada gestión de los intereses públicos encomendados al ámbito de su competencia, para lo cual, resulta un elemento imprescindible contar con una Administración propia, como instrumento ejecutor.

### IV.2. LA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALIDAD COMO ADMINISTRACIÓN ORDINARIA Y SUS IMPLICACIONES PARA LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

La consideración de la Administración autonómica como Administración ordinaria en su ámbito geográfico conllevaría, la desaparición de los órganos de la Administración General del Estado en el territorio de Cataluña, siendo sus competencias asumidas por la Administración de la Generalidad.

---

[21] *Vid.* S. Muñoz Machado, «La articulación de la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en la vigente Constitución Española (los principios y su práctica)», VV.AA. *XIX Jornadas de estudio. Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones Estatal y Autonómica.* Civitas, Madrid, 1998. Págs. 11 y ss.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 621



Junto a los aspectos analizados en el apartado anterior, existen otros argumentos específicos que refuerzan la posición en contra de la supresión de la Administración General del Estado en Cataluña.

La configuración de la Administración de la Generalidad como la Administración ordinaria y única en el territorio catalán rompe con el sistema de distribución de competencias diseñado en la Constitución. El art. 149 CE dota al Estado de competencias exclusivas en relación con determinadas materias, algunas de ellas son únicamente legislativas, pero en otras, aparecen atribuidas todas las funciones en su conjunto al Estado, incluidas las ejecutivas, cuya realización compete a la Administración General del Estado. Dichas reglas de reparto competencial conllevan consecuencias organizativas en el ámbito de las Administraciones públicas[22], ya que el contenido del art. 149 CE tiene dos consecuencias básicas. La primera es que la función de la Administración General del Estado coordina y encauza las políticas públicas que son de interés para el conjunto de la sociedad española, aportando una visión global y de conjunto[23]. La segunda, del art. 149 CE se deriva la obligación del Estado de realizar efectivamente estas funciones, cuyo incumplimiento será responsabilidad de los órganos centrales. El modo de garantizar el cumplimiento efectivo de las políticas que desde el Gobierno del Estado se acuerden es a través de su propia Administración, que ha de tener presencia física en todo el territorio nacional, no del traslado de dichas responsabilidades a la Administración autonómica.

En el caso de que finalmente el Estado optase por considerar que la Administración de la Comunidad Autónoma resulta más adecuada para el cumplimiento de sus competencias, éstas podrían ser transferidas a través del mecanismo diseñado en el art. 150.2 CE, sin que dicha ley implique una pérdida de la titularidad por parte del Estado, que podrá recuperar la competencia cuando crea adecuado[24]. De este modo, no parece factible que el propio Estatuto de Autonomía pueda incluir reglas o principios en su seno que restrinjan o limiten las potestades propias de la Administración General del Estado, porque tales cuestiones extralimitan con mucho la materia estatutaria[25].

Asimismo, cabría plantear qué sucedería con la figura del delegado de gobierno. El art. 154 CE establece que «un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia

---

[22] *Vid.* S. Muñoz Machado, , «La articulación (...)». *op. cit.* Págs. 15 y ss.

[23] Véase L. Martín-Retortillo Baquer, «Dos reflexiones (...)». *op. cit.* Págs. 17 y ss.

[24] *Vid.* J. Rodríguez-Arana Muñoz, «Presente y futuro del Estado de las Autonomía: hacia la Administración única», *Actualidad Administrativa Aranzadi,* nº. 1, 1997, Madrid. Pág. 6.

[25] Propuesta de R. Jiménez Asencio, «Competencias ejecutivas y Administración única», VV.AA. *Estudios sobre la reforma del Estatuto.* Generalitat de Cataunya, Departament de Relacions Institucionals i Participació, Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona, 2004. Pág. 197 y ss.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 622



de la Comunidad». De este modo, se constitucionaliza la presencia física de órganos propios de la Administración General en el territorio de todas las Comunidades Autónomas, sin que quepa excepción alguna. Además, los delegados de gobierno tienen funciones que les son propias y que resultan de utilidad para el conjunto de la sociedad. Así, dirigen los servicios integrados de la Administración General del Estado en la provincia; impulsan, supervisan e inspeccionan los servicios no integrados, ejercen competencias sancionadoras, garantizan el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y garantizan la seguridad ciudadana y dirigen las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la provincia, entre otras[26].

### IV.3. CONSECUENCIAS PARA LA AUTONOMÍA LOCAL DE LA CONFIGURACIÓN DE LA GENERALIDAD COMO LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA EN CATALUÑA

La propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, regula dentro del Título III, relativo a las Instituciones de Cataluña, la Administración Local (arts. 38 y siguientes). Su ubicación, dentro del Título relativo a Instituciones, responde a un interés de considerar a los entes locales como parte del sistema institucional de Cataluña. Postura que se ve reforzada a tenor del análisis del art. 24 del mismo Título, que pretende configurar a la Generalidad como la Administración ordinaria en Cataluña, «sin perjuicio de las competencias ejecutivas que correspondan a la Administración local». Esta posición no tendría cabida en el actual esquema de reparto del poder territorial realizado en la Constitución.

En España se ha producido un proceso de distribución territorial del poder en el desarrollo del fenómeno autonómico, en el que no puede olvidarse que en el reparto del poder político que resulta de la Constitución tienen un peso específico las corporaciones locales[27]. Aunque la Constitución no atribuye un conjunto detallado de competencias a los municipios, sí que en todo caso garantiza su independencia. La Administración local goza de autonomía propia y diferenciada, reconocida en la Constitución en el art. 137, que de este modo, se consagra la garantía institucional de la autonomía local[28]. Es decir, el desarrollo legislativo que se realice de las Corporaciones locales no podrá alterar el núcleo esencial de esta institución, siendo su autonomía respecto a las demás Administraciones, parte integrante del mismo (STC 32/1981).

El reconocimiento de la autonomía local implica que los Municipios y Provincias, que gozan de mención expresa en la Constitución, así como los

---

[26] En relación con ello, *vid.* J. Rodríguez-Arana Muñoz, «El Ministerio de Administraciones Públicas y la descentralización de España», VV. AA. (Coordinador: F. Sosa Wagner). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 345.

[27] *Vid.* J. Rodríguez-Arana Muñoz, «Administración única y pacto local», *Rev. Tachirense de Derecho* (Venezuela), nº. 10, 1998,. Págs. 80 y ss.

[28] Véase J. Rodríguez-Arana Muñoz,, «Administración única y (...)», *op. cit.,* Pág. 87.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 623



demás entes que integran la Administración local gozan de un verdadero poder político que va más allá de su capacidad ejecutiva, y que tiene su origen en la soberanía popular. De este modo, «las corporaciones locales, como organizaciones integradas por representantes elegidos democráticamente, no pueden quedar reducidas al papel de terminal o extremidad de las demás administraciones públicas, privadas de la posibilidad de ofrecer unas señas políticas de identidad determinadas»[29].

## V. DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL

La opción política de emprender la reforma del Poder judicial hacia una mayor descentralización es plenamente legítima. No obstante, el Estado de Derecho en que nos encontramos obliga a que la reforma se lleve a cabo por los cauces adecuados para ello. De esta forma, si los Estatutos de Autonomía pretenden proceder al desarrollo normativo del Poder judicial, la misma deberá realizarse de conformidad con la regulación realizada en la Constitución Española y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es evidente que la normativa constitucional debe ser respetada por la legislación, dada su superior jerarquía. De este modo, si el contenido de los Estatutos de Autonomía resultase contrario a los preceptos constitucionales, la validez de los mismos pasaría inevitablemente por una previa reforma constitucional en el sentido que pretendieran, de lo contrario, las disposiciones estatutarias serían nulas por inconstitucionalidad.

Por otra parte, no es una cuestión pacífica la prevalencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre los Estatutos de Autonomía en lo que a la normación del Poder judicial se refiere. Los detractores de esta teoría argumentan que ambas normas tienen el rango de ley orgánica, por lo que el criterio de jerarquía operaría en todo caso a favor de los Estatutos de Autonomía, pues consideran un plus añadido a su rango el hecho de que sea la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE). Sin embargo, esta argumentación es contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que considera que tanto los Estatutos de Autonomía como la Ley Orgánica del Poder Judicial integran el bloque de la constitucionalidad sin que las relaciones entre ambos puedan guiarse por el principio de jerarquía, sino por la vía de la reserva material (STC 56/1990). De esta forma, en virtud del mandato constitucional contenido en el art. 122 CE, la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene la consideración de norma competencial, a través de la que se deben desarrollar los principales aspectos de esta materia, por lo que el contenido de los Estatutos de Autonomía no podrá resultar contradictorio.

En la actualidad, la reforma de esta Ley Orgánica sólo se ha presentado como una cuestión tangencial a las reformas estatutarias que se encuen-

[29] Véase F. SOSA WAGNER, «La Administración local como ingrediente del Estado», *Papeles de economía española,* nº. 92, 2002. Pág. 60. En este mismo sentido, *vid.* R. JIMÉNEZ ASENCIO, «Competencias ejecutivas (...)», *op. cit.* Pág. 198

11611-638-Estado autonomico64 15/10/05 11:32 Página 624



tran en marcha. Por ello, debe entrarse a analizar si las propuestas planteadas desde las Comunidades Autónomas resultan conformes a las disposiciones de aquélla. En el caso de que existieran contradicciones entre ambas normas, sería necesario adaptar sus contenidos para preservar los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en el art. 9 CE.

Algunos de los procesos de reforma estatutaria que se encuentran en marcha apuntan hacia una mayor descentralización del Poder judicial. En este sentido pueden citarse la propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía de Cataluña, o la proposición de Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana[30]. Debe realizarse en este punto un análisis encaminado a dilucidar si dichas propuestas son conformes a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial y por lo tanto, plenamente admisibles, o si por el contrario, se oponen a su contenido y lo que pretenden es una reforma de las mismas desde los Estatutos de Autonomía, lo que no es admisible en el marco del sistema jurídico actual por las razones ya expuestas.

La regulación del Poder judicial se recoge en las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y de Cataluña, que son las que en la actualidad cuentan con mayor desarrollo, aunque son sustanciales las diferencias entre ambas. En primer lugar, la propuesta de la Comunidad Valenciana introduce escasas novedades a la regulación existente en la materia. Aquellas cuestiones que pudieran plantear contradicción con el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial se salvan mediante la fórmula de remisión a una posterior reforma de la legislación estatal para que puedan entrar efectivamente en vigor. Únicamente cabe destacar como problemática la creación del Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana, pero en este punto también se añade que su creación será en todo caso conforme con la Ley Orgánica del Poder Judicial, evitándose de este modo toda posible controversia. En consecuencia, la propuesta realizada desde la Comunidad Valenciana encaja en el actual sistema ya que las previsiones encaminadas hacia un mayor desarrollo del Poder judicial en el ámbito autonómico sólo tendrían virtualidad en el caso de que se produjeran en la normativa estatal las reformas necesarias para ello, por lo que no se plantea confrontación alguna.

Más problemática se plantea, sin embargo, la regulación del Poder judicial realizada en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Como cuestiones más controvertidas pueden destacarse la configuración del Tribunal Superior de Justicia como última instancia en el ámbito territorial de Cataluña, la creación del Consejo General del Poder Judicial de Cataluña o el necesario conocimiento del catalán por el

[30] El acceso a ambos textos puede realizarse desde las páginas web http://www.parlament-cat.es/ en relación con la propuesta catalana y www.corts.gva.es/, sobre la propuesta valenciana. En esta misma línea, también se encamina la propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía de Aragón, así se recoge en el artículo de prensa de *El País* «Las autonomías abren la reforma de sus estatutos», de 1 de mayo de 2005.. Págs. 18-19.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 625



personal al servicio de la Administración de Justicia, entre otras. Además, es especialmente remarcable la intervención de las instituciones catalanas en el nombramiento de relevantes cargos en el ámbito de la Administración de Justicia, como en la designación de los miembros del Tribunal Superior de Justicia y su Fiscal jefe. El objetivo de estas propuestas es llevar a cabo una mayor descentralización del Poder judicial que se adecue a la estructura del Estado Autonómico, al menos en Cataluña[31].

Si bien es cierto que el Estatuto de Autonomía puede recoger la organización del Poder judicial en el ámbito de su Comunidad Autónoma, ya que el art. 147 CE reconoce su carácter de norma institucional básica de la Comunidad, debe reiterarse que dicha organización debe ser conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, la propuesta de Estatuto acompaña un amplio listado de artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial que por resultar contrarios a la regulación prevista en el Estatuto, deberían ser objeto de modificación. No se hace mención sin embargo, de las controversias que podrían plantearse con el contenido de la propia Constitución.

Es argumentable que la Constitución permite la descentralización del Poder judicial por resultar coherente con configuración del modelo de Estado como autonómico, consagrado en el art. 2 de la misma y desarrollado en su Título VIII. Sin embargo, los preceptos constitucionales que regulan de forma específica la Administración de Justicia se pronuncian en un sentido sustancialmente diferente. Así, en el Título VI CE, en especial en el art. 117.5 se establece que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales». Por otra parte, el art. 149.1.5º dispone la competencia exclusiva del Estado en relación con la «Administración de Justicia». Además, el art. 152.1 reconoce la participación de las Comunidades Autónomas en la organización del Poder judicial únicamente en relación con las demarcaciones judiciales. De este modo, la unidad del Poder judicial se rige como principio limitador frente a la diversidad propia del Estado autonómico.

Por otra parte, la configuración del Tribunal Superior de Justicia como última instancia en el ámbito de la Comunidad Autónoma es cuestionable. Aunque el art. 152.1 CE reconoce que «un Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», ello no supone la creación de una organización judicial diferenciada para el ámbito autonómico, como se prevé en relación con el poder legislativo o ejecutivo. Es cierto que los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma, pero dicho ámbito debe entenderse en un sentido territorial, no funcional. Así, los Tribunales Superiores de Justicia se integran en la estructura organizativa del Poder judicial cuyo órgano superior es el Tri-

[31] *Vid.* Informe sobre la reforma del Estatuto. Generalitat de Catalunya, Departament de Governació i Relacions Institucionals. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona, 2004. Págs. 131 y ss.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 626



bunal Supremo, en virtud de lo establecido en el art. 123.1 CE, que culmina la organización del Poder judicial y que tiene jurisdicción en toda España, aunque tenga una sola sede física. De este modo, la Constitución impide la existencia de un Poder judicial propio de la Comunidad, paralelo a lo que sucede en el caso legislativo y judicial. En este sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 25/1981, en la que se remarca que la relación de los órganos judiciales con la Comunidad Autónoma no es de pertenencia a su organización, sino de ubicación territorial. Además, la existencia de otra instancia, el Tribunal Supremo, constituye una garantía jurisdiccional añadida para los ciudadanos.

Respecto a la creación del Consejo General del Poder Judicial de Cataluña como órgano de gobierno del Poder judicial, la única posibilidad coherente con el contenido de la Constitución es su creación como órgano descentralizado de ámbito autonómico con carácter delegado y subordinado, en todo caso, del Consejo General del Poder Judicial. La unidad del Poder judicial, se traduce a su vez en la unidad de sus órganos de gobierno, ex art. 122.2 CE. No obstante, el principio de unidad no conlleva que la estructura del gobierno del Poder judicial deba centralizarse en un solo órgano, sino que podrá aparecer descentralizada si bien, las decisiones que afecten a la unidad del estatuto de los jueces deberán ser resueltas por el órgano central. La regulación que de este órgano se realiza por la ponencia redactora puede plantear problemas en lo que a su participación en el nombramiento de magistrados del Tribunal Superior de Justicia se refiere.

En relación al necesario conocimiento del catalán por el personal al servicio de la Administración de Justicia que se deriva de la propuesta de reforma se desmarca de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En este sentido, la STC 56/1990, de 29 de marzo, señala que al no existir competencia exclusiva sino concurrente sobre la regulación de las lenguas en favor de las Comunidades Autónomas, y en tanto que la Constitución reserva como competencias exclusivas del Estado la Administración de Justicia (art. 149.1.5) y la legislación procesal (art. 149.1.6), debe ser el Estado el que regule el uso de las lenguas dentro de la Administración de Justicia. El carácter de lengua oficial de ámbito general del castellano y la obligación que todos los españoles tienen de conocerlo y el derecho de usarlo (art. 3.1 de la Constitución) hace que ésta sea la lengua generalmente usada en el ámbito de la Administración de Justicia, lo que viene a ser reconocido por el art. 231.1 de la LOPJ.

Por último, la intervención de las instituciones catalanas en el nombramiento de relevantes cargos en el ámbito de la Administración de Justicia, supone una profunda ruptura con el principio de unidad jurisdiccional y además, un ataque al ya debilitado principio de división de poderes, inspirador del sistema democrático. La esencia de la función jurisdiccional radica en la vinculación exclusiva de los jueces al ordenamiento jurídico, en estrecha relación con su independencia de los demás

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 627



poderes. En el caso de que finalmente fuera aprobado el articulado del Estatuto en los términos de la propuesta, la participación del poder político en la designación de los principales cargos del Poder judicial en Cataluña haría peligrar la independencia judicial.

En estos momentos de cambio, se hace necesaria una seria y profunda reflexión en torno a los objetivos que con las reformas estatutarias se pretenden conseguir en el ámbito de la Administración de Justicia, y las implicaciones que de ello podrían derivarse para el modelo de Estado. Debe valorarse asimismo que no se trata únicamente de una cuestión de reparto de poder, sino que las decisiones que se adopten afectarán directamente al ejercicio y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

## VI. LA CONFIGURACIÓN DE LAS COMPETENCIAS

Otra de las pretensiones fundamentales de la reforma de los Estatutos es la reforma del sistema competencial. Se trata, en definitiva, de reordenar el reparto territorial de poder a través de los Estatutos de Autonomía con un claro objetivo: reforzar el margen de autonomía. En este sentido, las propuestas de reforma proceden a asumir el mayor número de competencias posibles y calificarlas como exclusivas.

Ya en su momento los Estatutos utilizaron esta técnica con la finalidad de eludir el riesgo de una interpretación lesiva de sus competencias de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE, ya que esta cláusula determina que las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las Comunidades Autónomas «en todo lo que no esté atribuido a la competencia exclusiva de éstas».

Más ambiciosas son, sin embargo, ahora las pretensiones en este ámbito, tanto por su forma como por su contenido. Así, por un lado, no sólo se procede a recalificar las competencias como exclusivas sino que además esta exclusividad se entiende en términos excluyentes, esto es, con la intención de excluir la intervención estatal en la materia.

Los aspectos más conflictivos en este campo proceden de la propuesta de reforma del Estatuto catalán. En concreto, las cuestiones que han abierto el debate, han despertado la polémica y han suscitado y suscitan la mayor crítica y análisis se refieren a los siguientes tres puntos sobre los que nos vamos a centrar: en primer lugar, al crecimiento desmesurado de materias que se atribuyen a la competencia exclusiva de la Generalidad, interpretando en sentido amplio las mismas, mediante la fragmentación de títulos competenciales relacionados con materias ya atribuidas a la Generalidad; en segundo lugar, la reducción de la legislación básica del Estado a la consideración de meros principios, objetivos o estándares mínimos; por último, la posibilidad de que el Estatuto recoja directamente el listado de competencias que el Estado le transfiera o delegue en virtud del artículo 150.2 CE.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 628



## VI.1. EL ESTABLECIMIENTO DE TÍTULOS COMPETENCIAS MÁS AMPLIOS Y DETALLADOS

Con el propósito de garantizar una mayor certeza en el ámbito competencial se ha producido un cambio de metodología en la determinación estatutaria de las competencias consistente en definir, por un lado, el alcance de las funciones correspondientes a los distintos tipos de competencias (exclusivas, compartidas y ejecutivas) y, por el otro, en especificar submaterias al objeto de definir y precisar mejor el contenido y alcance de los títulos competenciales[32].

En este sentido, en el debate político catalán se ha introducido la expresión «blindaje de las competencias» de la Generalidad con la que se quiere significar la pretensión de impedir la «entrada» de la Administración estatal en los ámbitos competenciales de la Generalidad a través de las competencias transversales del Estado. Con distintas técnicas, cómo ya hemos dicho, se pretende lograr este efecto no sin problemas.

En lo concerniente al tratamiento general de las competencias se procede a una definición detallada de la tipología de las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas, concretando su alcance en cada caso. En concreto, se define la exclusividad sobre la base de un criterio estricto con total exclusión del Estado; se indica así que en este tipo de competencia «corresponde a la Generalitat de manera íntegra y excluyente la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva». Más discutible es el tratamiento que se hace de las competencias compartidas al reducir la competencia estatal y delimitar la función de legislación básica del Estado al establecimiento de principios, objetivos, estándares mínimos o normas y, además, dicha legislación básica deberá realizarse con la colaboración de la Generalidad.

En lo que se refiere a las competencias ejecutivas éstas comprenden, con olvido de la jurisprudencia constitucional, la aprobación de reglamentos de desarrollo y ejecución de la legislación del Estado dictada para establecer la ordenación general de la materia. Asimismo, se altera el funcionamiento de la cláusula residual del art. 149.3 CE atribuyendo al ente autonómico, de manera residual, todas las competencias ejecutivas no expresamente reservadas al Estado.

La interpretación de tales conceptos desde el Estatuto constituyen, a la postre, una redefinición del reparto del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, operación que, en opinión de la doctrina, excede del marco constitucional al implicar una mutación de la Constitución a través de la reforma estatutaria[33].

---

[32] *Vid.* Informe sobre la reforma del Estatuto, Generalitat de Catalunya, Departament de Relacions Institucionals i Participació, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004. Págs. 71-89.

[33] J. TAJADURA TEJADA, «La reforma del Estatuto de Cataluña propuestas y límites», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2005. Pág. 71; F. BALAGUER, «Comentario a "La reforma de los

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 629



Respecto al procedimiento de desmenuzar, fragmentar, pormenorizar las materias en submaterias, en principio, esta técnica de incorporación de submaterias no plantea en sí problemas constitucionales, es más, el art. 149.3 CE permite que las Comunidades Autónomas puedan asumir en sus Estatutos todas aquellas competencias que la Constitución no atribuya expresamente al Estado. Ahora bien, sí puede plantear problemas en el supuesto de que esas submaterias se correspondan en realidad con competencias estatales, pues por esta vía se estarían asumiendo competencias constitucionalmente reservadas al Estado.

Las discrepancias en este punto se basan tanto en el riesgo de petrificación del sistema ya que al estar tan pormenorizada la competencia cualquier reforma legislativa comunitaria afectaría al Estatuto, así como en el hecho de que ello hace que el Estatuto resulte largo y prolijo.

### VI.2. LA DETERMINACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE BASES DESDE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

En lo concerniente a la problemática sobre si el Estatuto de Autonomía puede establecer directa o indirectamente el contenido de las bases se deben tener en cuenta una serie de ideas respecto tanto al alcance formal como material que inciden en la imposibilidad de que desde el Estatuto se puedan definir[34]. Y ello no sólo porque la determinación inicial de las bases corresponde a los poderes estatales, y especialmente al legislador, según se desprende de la Constitución (el art. 149.1 reconoce la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[35], sino también la propia función que las bases desarrollan en el sistema jurídico español justifica la razón de conferir la determinación inicial de las mismas al Estado.

En efecto, las bases tienen por objeto crear un marco normativo unitario; establecen el común denominador normativo en toda la nación, común denominador que debe ser establecido por el nivel territorial que representa el interés general, el Estado, a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan[36]. Es más, en esta línea cabe apuntar que

---

Estatutos de Autonomía" de Carles Viver i Pi-Sunyer», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía,* CEPC, Madrid, 2005. Pág. 49; R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Reforma del Estatuto de Cataluña y ampliación de competencias», *RVAP*, nº 70, 2004. Pág. 105.

[34] Con carácter general sobre esta cuestión puede verse T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», *Revista española de Derecho Constitucional,* n. 72, septiembre-diciembre, 2004. Pág. 135-161; J. BARNÉS, «Legislación básica y Estatuto de Autonomía», en *Estudios sobre la reforma del Estatuto, Generalitat de Catalunya,* Departament de Relacions Institucionals i Participació, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004. Págs. 93-125.

[35] SSTC 32/1981, de 28 de julio, 37/1981, de 16 de noviembre, 32/1983, de 28 de abril, 42/1983, de 20 de mayo.

[36] SSTC 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 8; 275/2000, de 16 de noviembre, FJ 4; 14/2004, de 12 de febrero, FJ 11.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 630



lo básico es variable y no constituye un concepto inmutable. La calificación de una materia como de interés general a efectos de definir las bases no es algo determinado por coordenadas fijas y permanentes, constitucionales o estatutarias, sino que es algo variable que depende en buena medida de la decisión política del legislador estatal, que cuenta para su determinación en cada momento de un margen de apreciación. Abundando más en esta idea de lo que sea lo básico cabe advertir que en algunos casos, según la materia, las bases pueden reducirse a meros principios, objetivos y estándares sobre una materia pero que en otros supuestos puede ir más allá de lo estrictamente considerable como tales[37].

Por otro lado, no podemos obviar que la propia Constitución ha previsto que lo básico sea determinado por el Estado y no cabe que ello se haga en los Estatutos de Autonomía que son normas dotadas de una especial rigidez al requerir para su reforma o derogación la participación conjunta del Estado y de las Comunidades Autónomas[38].

Ahora bien, admitir que el alcance de la legislación básica estatal pueda verse modulada por las previsiones estatutarias terminaría con el mismo concepto de legislación básica en dos vertientes:

– supondría, por un lado, negar que la legislación básica tenga como función el establecimiento de un mínimo común normativo en todo el territorio nacional; ello legitimaría situaciones asimétricas entre las Comunidades Autónomas pues el alcance de lo básico podría ser excepcionado/modulado en cada uno de los Estatutos de Autonomía;

– por otro lado, supondría negar que la legislación básica es un concepto relativo y circunstancial, no inmutable que corresponde determinar en cada momento temporal al Estado. Ello, asimismo, conllevaría un doble riesgo: además de la petrificación de la distribución de competencias, la modulación de las competencias estatales en los Estatutos tiene como riesgo la «petrificación producida por un exceso de detallismo en la definición de los contenidos competencias», ello puede derivar en la descontextualización de algunas previsiones estatutarias como consecuencia de cambios jurídicos, económicos o sociales.

Como solución o alternativas a la capacidad del Estado de concretar lo básico, la doctrina viene realizando propuestas en la línea de dar una mayor participación a los intereses autonómicos en la definición de lo básico a través de una doble vía:

---

[37] Piénsese, p.e., en la materia sanidad, cuya fijación de bases corresponde al Estado *ex* art. 149.1.16 CE, a este respecto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, constituye un ejemplo de que el concepto de bases va más allá de un mero establecimiento de principios.

[38] No obstante, el Tribunal Constitucional parece admitir, como excepción amparada en la propia Constitución, la posibilidad de que los Estatutos modulen el alcance de las competencias exclusivas estatales en el contexto de la actualización de los derechos históricos (SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, 140/1990, de 20 de septiembre).

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 631



– dar mayor protagonismo en la determinación de lo básico a un Senado renovado donde estarían presentes tales intereses. Se trataría de asegurar en la tramitación en el Senado una colaboración de los Gobiernos autonómicos en la determinación de los aspectos básicos de las leyes que después serán objeto de desarrollo por los Parlamentos autonómicos[39].

– participación de la Comunidad Autónoma en el momento de fijar la legislación básica estatal a través de una Comisión bilateral de relaciones Estado-Comunidad Autónoma.

### VI.3. LA UTILIZACIÓN DEL ESTATUTO COMO LEY DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS DEL ARTÍCULO 150.2 DE LA CONSTITUCIÓN

En la línea de la previsión contenida en el art. 150.2 CE –que permite que mediante ley orgánica el Estado pueda transferir a las Comunidades Autónomas facultades relativas a materia de titularidad estatal, siempre que su naturaleza lo permita–, la propuesta de reforma del Estatuto catalán prevé la asunción por la Generalitat de competencias a través de la utilización del artículo 150.2 CE. Para ello se introduce una Disposición Adicional que, en realidad es una proposición de Ley Orgánica de Transferencia de facultades de ejecución de la legislación estatal a la Generalitat, pretendiendo incluir en ella todas las materias que en la Propuesta de Estatuto hacen referencia a su necesidad de traspaso por el Estado[40].

El problema que plantea este uso del art. 150.2 CE en el propio Estatuto es el de garantizar la posibilidad de que el Estado pueda recuperar sus competencias, y ello porque se trataría de una disposición que formaría parte del articulado del Estatuto, teniendo la misma naturaleza jurídica, el mismo procedimiento de reforma, el mismo rango y el mismo valor. La rigidez de la reforma estatutaria aparece como un inconveniente real respecto a la utilización simultánea de art. 150.2 CE en el propio Estatuto.

En este sentido, se apunta como fórmula para resolver el problema que las competencias y atribuciones transferidas o delegadas al amparo del art.150.2 CE, queden excluidas de los requisitos de la reforma estatutaria (situación que actualmente ya prevé la Disposición Adicional sexta del Estatuto en relación con los tributos cedidos), en cuyo caso las competencias transferidas no tendrían la garantía de las competencias propiamente estatutarias[41].

---

[39] J. J. SOLOZÁBAL, «Una Cámara de integración», publicado en *El País* de 2 de mayo de 2004; E. AJA, «De los Gobiernos autonómicos», publicado en *El País* de 2 de mayo de 2004; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Madrid, 1985, p.323.

[40] Las materias que en la Propuesta de Estatuto hacen referencia a su necesidad de traspaso por el Estado son: inmigración, sistema penitenciario, actividades marítimas, consultas populares, servicios metereológicos, seguridad pública y tráfico, así como en puertos y aeropuertos de interés general, en materia de telecomunicaciones y gestión del espacio radioeléctrico.

[41] *Vid. Informe sobre la reforma del Estatuto, op. cit.* Págs. 61-62. Los propios grupos parlamentarios en el debate de la propuesta advierten la necesidad de homogeneizar la fórmula a través de la cual la Generalitat asumirá las competencias que requieren de leyes estatales de transferencia

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 632



En efecto, la propia Disposición Adicional de la propuesta del Estatuto prevé que su modificación se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 CE (es decir, se garantizaría que en el caso de que el Estado decidiera modificar el contenido de la mencionada Ley de Transferencia, no sería preciso una reforma estatutaria). No obstante, tal previsión no parece suficiente desde el momento en que la Ley de transferencia debe contener el correspondiente traspaso de medios financieros y las formas de control que se reserva el Estado sobre las competencias transferidas, lo cual, obviamente, no puede ser competencia de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, la mayoría de la doctrina viene manteniendo una postura contraria a la admisión del Estatuto de Autonomía como instrumento válido de simultánea transferencia o delegación de competencias estatales al amparo del art. 150.2 CE, al sostener que el Estatuto es instrumento idóneo sólo para trasladar competencias propias de las Comunidades Autónomas hasta el límite permitido por el art. 149.1 CE, pero no lo es para superar ese límite mediante la cesión en el propio texto estatutario de facultades exclusivamente estatales[42].

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el sentido de rechazar que la transferencia o delegación de facultades estatales pueda contenerse en la misma ley orgánica que aprueba el Estatuto de Autonomía porque ello transformaría la naturaleza estatal de tales competencias, convirtiéndolas en competencias estatutarias no susceptibles de controles *ad hoc* ni disponibles unilateralmente por el Estado[43].

Para salvar todos estos inconvenientes lo más adecuado sería, en consecuencia, la tramitación paralela de las leyes orgánicas de transferencia y las reformas estatutarias. Asimismo, siempre sería posible utilizar una fórmula parecida a la que se utilizó en el Estatuto inicial de la Comunidad de Canarias y la Valenciana. Estos Estatutos optaron por recoger un listado de competencias estatales en su articulado y señalar que éstas serían asumidas a través de una ley del art. 150.2 CE que el Estado debía aprobar[44].

---

presentando como alternativas: 1. que las mismas figuren en el articulado del Estatuto; 2. que lo hagan en disposiciones adicionales del Estatuto; 3. que se aprueben leyes específicas al margen del Estatuto.

[42] Sobre la separación o comunicación entre Estatuto de Autonomía y ley orgánica de transferencia o delegación y su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia puede verse J. LEGUINA VILLA, «*La transferencia o la delegación de competencias estatales por medio del Estatuto de Autonomía*», en Estudios sobre la reforma del Estatuto, Generalitat de Catalunya, Departament de Relacions Institucionals i Participació, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004.Págs. 199– 230.

[43] *Vid.* STC 56/1990, de 29 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional se mostró contrario a que en el mismo texto estatutario la Comunidad Autónoma de Galicia asumiera, además de sus propias competencias, «funciones de una competencia cuya titularidad exclusiva pertenece al Estado», por tres razones: por el distinto procedimiento de adopción de una y otra ley, porque la transferencia o delegación implica una decisión unilateral por parte del Estado, porque la utilización del Estatuto como instrumento de transferencia o delegación implicaría dar rigidez a una decisión estatal.

[44] Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias para Canarias (LOTRACA) y Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, sobre transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal (LOTRAVA).

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 633



## VII. RELACIONES CON LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea es una unión de Estados por lo que, en principio, la estructura territorial de los mismos no es un tema relevante para ella, considerando que la cuestión regional debe ser tratada en el nivel interno de los Estados. Por todo ello, los tratados constitutivos han mantenido una ceguera importante en esta materia, sin que la lectura de la futura Constitución Europea evidencie un alto grado de avance en el reconocimiento de las regiones que conforman muchos de sus Estados limitado, en gran medida, a la mención expresa de las regiones[45], así como a la proclamación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad[46].

Sin embargo, la Unión Europea afecta, y no de modo residual, a las competencias de las regiones con competencias legislativas propias, operándose un desapoderamiento competencial progresivo en ellas a favor de la mencionada Unión, lo cual es especialmente grave en España, dado que nuestra Constitución carece de mecanismos de cooperación adecuados para el alto nivel competencial que las Comunidades Autónomas poseen. Además, tenemos la peculiaridad constitucional de unas asimetrías competenciales que, unidas al indeterminado concepto de los «hechos diferenciales», dificultan notablemente la articulación de mecanismos de cooperación internos de carácter homogéneo y, a la vez, ponen en liza demandas políticas y jurídicas muy dispares[47].

Así pues, es lógica la reivindicación autonómica de tener una cierta representación directa en el propio proceso decisorio comunitario, es decir, en la llamada «fase ascendente» del proceso de formación de la voluntad comunitaria, al fin de garantizar que su voz se escuche en el escenario europeo para que, entre otros, no se frustre su ejercicio competencial. Ciertamente, un lastre de nuestro Estado Autonómico es la ausencia de fórmulas de colaboración adecuadas entre las diferentes Administraciones territoriales, mas dado que las Comunidades Autónomas son Estado es una exigencia insoslayable facilitar su participación en los asuntos europeos.

---

[45] *Vid.* el art. I-5.1 indicando que «La Unión Europea respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional». Asimismo, *vid.* E. ALBERTÍ ROVIRA, «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: las nuevas perspectivas del Tratado Constitucional y la participación interna», en AA. VV., *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 25 a 29, destacando que con semejante redactado «las regiones son mencionadas por primera vez de forma directa y con alcance general en los Tratados fundacionales, pero esta mención sirve para fundamentar la exclusión de su presencia autónoma en la Unión».

[46] *Vid.* art. I-11 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Igualmente E. ALBERTÍ ROVIRA, «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: las nuevas perspectivas del Tratado Constitucional y la participación interna», *op. cit.*, pág. 27, explica la mayor operatividad que conducirá el reconocimiento de estos principios ya que, por ejemplo, obliga a tomar en consideración el nivel regional de gobierno (y también el local) para valorar las iniciativas que pretenda adoptar la Unión desde el punto de vista de la subsidiariedad y los efectos que puedan tener en la normativa que deban desarrollar los Estados miembros.

[47] Como indica J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «*Las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario: Balance crítico y propuestas de reforma*», Documento del Real Instituto Elcano (dirección: www.realinstitutoelcano.org), 25 de octubre de 2004.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:32 Página 634



Un avance importante en la consecución de la mencionada exigencia se ha producido con la resolución de 28 de febrero de 2005, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se ordenó la publicación de los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004, de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea y sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea[48].

Del contenido de la resolución mencionada puede destacarse que el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea se concreta en la incorporación a la delegación española, en las reuniones de determinadas formaciones del Consejo de la Unión Europea, de un miembro (con rango de Consejero o miembro de un Consejo de Gobierno autonómico) que represente a las Comunidades Autónomas en los asuntos que afecten a sus competencias. Asimismo, se distingue el grado de participación de las Comunidades Autónomas según el tipo de competencia:

- Si es una competencia exclusiva del Estado, a las Comunidades Autónomas que invoquen su interés se les informará en la mencionada Conferencia.
- Si se afecta a una competencia legislativa exclusiva de las Comunidades Autónomas.
- Si en el procedimiento de concertación interno, previo a la decisión del Consejo, se ha llegado a una posición común entre las Comunidades Autónomas, ésta será tenida en cuenta de forma determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.
- Por último, en los asuntos que incidan sobre competencias compartidas o concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, si existe un acuerdo en la posición común de las Comunidades Autónomas y la posición de la Administración del Estado, previa a la decisión del Consejo, tal acuerdo será determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado, etc.

Ya se han alzado voces subrayando la importancia de este acuerdo, como MONTILLA al resaltar que dicho acuerdo muestra, en primer lugar, que existe voluntad política de configurar un modelo de participación autonómica en los asuntos europeos; en segundo lugar, que las Comunidades Autónomas, a través de su representante, se integran en el propio proceso decisional, lo cual producirá un cambio en la dinámica participativa ya que dichas Comunidades participarán con más interés en este proceso; en tercer lugar, la concertación autonómica se ha flexibilizado, etc[49].

---

[48] Publicado en el BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2005, págs. 9372 y ss.

[49] *Vid.* J. A. MONTILLA MARTOS, «Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea: una evolución posible», AAVV, *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. Págs. 86 a 88.

11611-638-Estado autonomico64 15/10/05 11:33 Página 635



Pese a lo anterior, las Comunidades Autónomas aspiran a una mayor actuación en el marco europeo, de modo que su resolución a través de las Conferencias Sectoriales se revela bastante insuficiente y mas ante el escaso desarrollo de la cooperación autonómica. Por eso, las propuestas de reforma de los Estatutos tratan de avanzar en el escenario europeo, resultando de sumo interés su contenido.

De este modo, la propuesta de reforma del Estatuto de la Comunidad de Valencia incluye un nuevo apartado cuatro en su art. 1 en el que se diseña a la Comunidad Valenciana como región europea, asumiendo los valores de la Unión Europea, velando por el cumplimiento de sus objetivos y por la defensa de los derechos de los ciudadanos europeos. Además, se incorpora un nuevo título VI dedicado a las relaciones con la Unión Europea donde, entre otros, se determinan las consecuencias de ser región de la Unión Europea, es decir:

– habrá de participar en los mecanismos de control del principio de subsidiariedad previstos en la Constitución Europea;
– tendrá derecho a participar en todos los procesos que establezca el Estado para configurar la posición española en el marco de las instituciones europeas cuando estén referidas a competencias propias de la Comunidad Valenciana, así como a ser escuchada en los ámbitos en que sin ser su competencia le afecten directa o indirectamente;
– tendrá al Presidente de la Generalidad como representante de la Comunidad Valencia en el Comité de las regiones;
– ostentará la competencia exclusiva para el desarrollo y ejecución de las normas y disposiciones europeas en el ámbito de sus competencias;
– podrá participar, de forma especial, en el marco de la Asociación Euromediterránea;
– tendrá derecho a formar parte o a participar en organizaciones e instituciones supranacionales de carácter regional, etc.

Por otra parte, la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña dedica también todo el título VII a las relaciones de la Generalidad con la Unión Europea. Se establecen 9 artículos y el primero consagra, con carácter general, la participación de la Generalidad en los asuntos relacionados con la Unión Europea cuando afecten a sus competencias o a los intereses de Cataluña, mediante la representación ante el Consejo, comités, grupos de trabajo, así como en los organismos y procedimientos que pudieran crearse para controlar la efectividad del principio de subsidiariedad. A continuación, el art. 2 regula la participación de la Generalidad en los Tratados originarios, estableciendo el derecho de la Generalidad a ser informada de la revisión de dichos Tratados y de dirigir al Gobierno español y a las Cortes las observaciones que estimen pertinentes; mientras el art. 3 instaura la participación que deberá tener la Generalidad en la formación de las posiciones del Estado; el art. 4 determina la aplicación y desarrollo que la Generalidad realizará del Derecho Europeo; el art. 5 in-

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:33 Página 636



dica la competencia de la Generalidad sobre la gestión de los fondos europeos; el art. 6 diseña la participación en las instituciones y organismos europeos; el art. 7 concreta la participación en el control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; el art. 8 prevé las acciones de la Generalidad ante el Tribunal de Justicia y, finalmente, el art. 9 establece que la Generalidad podrá establecer una delegación ante las instituciones de la Unión Europea.

Sea cual fuere el texto estatutario definitivo que se apruebe, no debe desconocerse que muchas de las reclamaciones autonómicas no pueden ser resueltas en sede de negociación entre el Estado y las mencionadas Comunidades Autónomas, ya que es la Unión Europea la competente para decidir si acepta o no representantes autonómicos en sus instituciones y organismos, si permite o no que tengan acción judicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, etc. Además, muchas de las reformas reclamadas podrían realizarse fuera de la sede estatutaria[50], facilitándose así su reforma normativa a las nuevas previsiones que desde el Estado (como se ha puesto de manifiesto en los Acuerdos de la CARCE de 9 de diciembre de 2004) y la Unión Europea se realizaran.

## VIII. OTRAS CUESTIONES

Con todo lo indicado hasta el momento en la presente comunicación, no se cierra el capítulo de asuntos relevantes que la reforma estatutaria se propone afectar. En este apartado se apuntan otras de las diversas cuestiones, aunque no todas, que pueden resultar problemáticas.

Así, en primer lugar, se comprueba (sobre todo en la propuesta catalana) la potenciación de las relaciones bilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en detrimento de la configuración multilateral que el Estado autonómico, principalmente, parece amparar. Con ello se puede confirmar que el impulso bilateral no hace sino confirmar que nos encaminamos hacia un Estado Confederal y no Federal como se está defendiendo.

Cuestión distinta es la vinculación al Estado de los acuerdos paritarios que se establezcan en la sede de la Comisión Bilateral Estado-Generalidad. De la lectura de la propuesta de reforma de Cataluña se evidencia que estos acuerdos se establecen en el marco de competencias que son exclusivas del Estado (por ejemplo en materia de infraestructuras de interés general) sin que, en ningún momento, se produzca reciprocidad, esto es, dichos acuerdos no acontecerán en el seno de competencias exclusivas de la Generalidad.

---

[50] En el mismo sentido, L. Ortega Álvarez, «La participación autonómica en la Unión Europea», AA. VV., *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,* Madrid, 2005. Págs. 68, señalando que «bastarían meras modificaciones legales y del Reglamento de la Asamblea Legislativa» para acometer las reformas mencionadas, fuera de los Estatutos de Autonomía.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:33 Página 637



Como novedad destaca la incorporación al texto estatutario catalán de la regulación de la acción exterior. Para ello se atribuye a la Generalidad la capacidad para llevar a cabo las acciones exteriores que son inherentes a cada una de sus competencias; asimismo se reconoce el derecho a establecer delegaciones u oficinas de representación exterior y, finalmente, se prevé la participación directa o a través del Estado en los organismos internacionales competentes en materias de interés para Cataluña. Todo ello resulta curioso dado que es competencia exclusiva del Estado la materia de relaciones internacionales según el art. 149.1.3 CE.

También debe destacarse el reforzamiento del autogobierno en sus instituciones autonómicas, lo cual es plausible cuando conduce a la profundización de la democracia pero no cuando persigue mayores techos competenciales hasta el punto de que la potenciación de las funciones de algunos de sus órganos puedan solaparse con figuras estatales (como, por ejemplo, acontece con el defensor del pueblo).

Uno de los puntos más problemáticos es la incorporación del capítulo de la financiación al articulado del Estatuto. Se constata, con carácter general y en todas las propuestas de reforma estatutaria, la solicitud de crear una Agencia Tributaria territorializada encargada de recaudar todos los impuestos de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de estar consorciada con la Agencia Tributaria Estatal. Además, se pretende aumentar la capacidad normativa en materia fiscal. Pese a ello, el Estatuto no debería ser el cauce para articular esta reforma ya que ello supondría aceptar la existencia de tantos modelos de financiación como Comunidades Autónomas existen, si bien la financiación es un tema que concierne al conjunto del Estado y debe ser decidido de forma multilateral primando el principio de solidaridad que la Constitución consagra.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

Como se desprende de las reflexiones apuntadas en estas páginas, el principal problema que suscita la reforma estatutaria es que ésta no debería acontecer con anterioridad a la reforma constitucional, y ello porque desde los Estatutos se podría estar determinando las líneas que ha de seguir la reforma de la Constitución. En este sentido, se ha comprobado que las propuestas estatutarias están dirigidas a obtener el mayor grado de autonomía posible dentro del marco constitucional, si bien en ocasiones se podría estar superando los límites permitidos por la Constitución.

Por ello sería conveniente abordar en primer lugar la reforma constitucional encaminada a trazar las nuevas grandes líneas del Estado Autonómico, lográndose así facilitar que las reformas estatutarias acontecieran siempre en el marco de la Constitución. De lo contrario, si la Constitución cambiase con posterioridad a la reforma estatutaria, gran parte del articulado de dichos Estatutos quedaría vacío de contenido.

11611-638-Estado autonómico64 15/10/05 11:33 Página 638



En esta línea debería emprenderse la reforma constitucional en dos campos. Por una parte, realizar una profunda reforma del Senado para que consolide su verdadero carácter de Cámara de representación territorial y pueda servir de cauce para solucionar muchos de los problemas que las Comunidades Autónomas están planteando en sus propuestas de modificación estatutaria, logrando así que en el Senado las Comunidades Autónomas tengan un papel más destacado en los asuntos generales del Estado. Y por otra parte, reformando el Título VIII de la Constitución al fin de lograr, a los efectos aquí analizados, un mejor diseño competencial.

Finalmente, cabe observar que el principio dispositivo que sirvió en su momento para que surgiese el Estado Autonómico, no debe estar latente siempre ni servir de excusa para constantemente reclamar competencias y cuestionar el modelo de Estado.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 639

# REDEFINIENDO EL RETO DE LA DIVERSIDAD NACIONAL DESDE EL FEDERALISMO*

**Igor Filibi López****
*Investigador del Proyecto EUROREG*
*Universidad del País Vasco*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aciertos del congreso «El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad» ha sido el atreverse a abordar el complejo fenómeno de la diversidad nacional existente en el Estado de las autonomías. En la convocatoria inicial se animaba a debatir en un grupo de trabajo que llevaba el sugerente título de «autodeterminación, nación y nacionalidades, derechos históricos». Siguiendo esta propuesta de los organizadores del encuentro, presentaremos primero algunas ideas sobre las nociones de nación (y nacionalidades) y de autodeterminación. Inmediatamente después propondremos rescatar algunos conceptos del rico aparato doctrinal federalista para tratar de ir redefiniendo, de forma constructiva, el denominado «problema nacional». Para terminar, aportaremos algunas reflexiones sobre el caso vasco, en sintonía con el subtítulo del encuentro («25 aniversario del Estatuto de autonomía del País Vasco»).

Resulta obvio que la amplitud de los aspectos que serán tocados convierten a este trabajo en una humilde aportación a un reto de enorme magnitud, que todavía apenas acaba de ser lanzado: el de tratar de lograr una acomodación factible, esto es, razonablemente justa y estable, de las distintas naciones que conviven en el Estado. Es en esta tarea, ambiciosa y común, en la que quiere insertarse este texto.[1]

---

* El presente trabajo parte de los resultados de mi Tesis doctoral, cuya elaboración fue generosamente financiada por el Gobierno Vasco. Lo valioso que pueda haber en lo expuesto aquí debe atribuirse, todo, a los interminables debates con mis compañeros del estimulantemente plural Departamento de Relaciones Internacionales de Leioa. También debo darles las gracias a los profesores Solozábal y Sánchez Agesta que, pese a las importantes diferencias que nos separan, con sus amables comentarios me ayudaron a matizar con acierto algunos puntos centrales de mi exposición. Por ultimo, mil gracias también a Miguel Angel García Herrera y su departamento, por invitarme a tan brillante encuentro.

** Igor Filibi López (Bilbao, 1971) es Doctor en Ciencia Política por la Universidad del País Vasco, y licenciado en Sociología Política. Especialista en Relaciones Internacionales, actualmente es investigador del proyecto internacional EUROREG, financiado por la Comisión europea, sobre el impacto de la integración europea en los conflictos etnonacionales. E-mail: zibfiloi@lg.ehu.es

[1] Como advertencia previa, el marco teórico en el que se sustentan de forma más sistemática y elaborada las principales ideas expuestas aquí se encuentra en: Filibi López, Igor. *La Unión política como marco de resolución de los conflictos etnonacionales europeos: un enfoque comparado* (Leioa, Universidad del País Vasco, Tesis Doctoral aprobada el 21 de mayo de 2004; pendiente de publicar). Así, en particular, los apartados sobre el federalismo siguen los epígrafes 2.1 y 2.3 de la citada obra.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 640



## II. NACIÓN Y NACIONALIDADES

La consagración constitucional simultánea de los conceptos de nación y nacionalidades, ha suscitado los más enconados debates. Una primera aproximación a la cuestión podría sugerir que, mientras que la nación (española) aparece definida de forma aparentemente clara, refiriéndose al conjunto de los ciudadanos y ciudadanas del Estado, la noción de nacionalidad ha permanecido en una cierta penumbra. Pese a que las nacionalidades parecían ser en un primer momento esas realidades históricas –con lengua,[2] identidad y cultura propia–, que serían Cataluña, País Vasco y Galicia, varios hechos han oscurecido esto (entre otros, que alguna otra Comunidad Autónoma haya incorporado dicha denominación en su Estatuto, o que el País Vasco se diluya por su doble alma vasco-navarra, dividido también políticamente en dos comunidades).

De esta forma, el primer examen a lo dicho explícitamente en la Constitución nos deja un pobre balance teórico respecto al tema que nos ocupa: por un lado, una nación española políticamente completa, esto es, soberana y con plena capacidad de disponer su destino; por otro lado, unas difusas nacionalidades cuyo exacto sentido y alcance no queda nada claro, máxime en un Estado de gran complejidad y con distintos grados de autonomía como es el español. Además, al margen de lo recogido en la Constitución (aunque es lo que explica en última instancia la inclusión del término *nacionalidades*), a nadie se le escapa que existen unas fuerzas sociales y políticas, de variable apoyo e intensidad, que reivindican la existencia de varias naciones dentro del Estado, del tipo y alcance que la Constitución sólo reconoce a la nación española.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, podríamos terminar el debate contentándonos con zanjarlo desde la claridad jurídico-constitucional sobre el concepto de nación y el rechazo, sin más, de tomar en consideración esas otras reivindicaciones sociopolíticas apuntadas. El Derecho permite, con su simple eficacia jerárquica, terminar tan denso y complicado problema. Pero ello, obviamente, no agota el debate ni la subyacente tensión social y política.

De modo que deberemos navegar en aguas más turbulentas para primero intentar redefinir y luego, quizá, comenzar a solucionar el problema. En pri-

---

[2] Pido disculpas porque el autor «aparezca» aquí rompiendo el manto de neutralidad que debe envolverlo, pero en este asunto quien escribe estas líneas no puede ser frío, y ni siquiera quiere parecerlo. En primer lugar, no se puede insistir demasiado en que una lengua es algo muy serio, pues no se improvisa, expresa la decantación de siglos de convivencia de una comunidad humana. Por ello, ¿cómo permanecer neutral ante el sistemático y gravísimo maltrato que el presidente Miguel Sanz está realizando contra la *lingua navarrorum*? Hay que denunciar las veces que sea preciso que el gobierno de Navarra es la única administración pública en toda Europa que viola sistemáticamente toda la normativa internacional para la protección de las lenguas minorizadas. ¿Cuánto más hay que esperar para que la doctrina y el centro estatal exijan medidas inmediatas que subsanen esta situación? Ante los más de seis milenios de vida de esta lengua no es preciso ser nacionalista para defender el euskera, debería bastar con ser una persona civilizada. Y sólo por la posibilidad de que las instituciones comunitarias hagan algo por proteger la lengua más antigua del continente, ya merecería aprobarse el tratado constitucional europeo.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 641



mer lugar, es preciso ser consciente de otra dificultad más, la constatación de que ninguna teoría social, política ni filosófica demuestra de forma categórica, es decir, con una lógica irrebatible, qué es una nación ni qué exacto conjunto humano la conforma. Pese a los denodados esfuerzos de las diversas teorías sociales, todas han sido incapaces de hacer semejante cosa. Todas han resultado parciales, cuando no tendenciosas. Así, la respuesta a la pregunta de ¿qué es España?, permanece teóricamente tan oscura como la de decir qué sea Francia, Alemania o Rusia; paralelamente, la pura teoría no es capaz de ofrecer una respuesta científica a la pregunta de hasta dónde llega España, sea para saber si se debe introducir Gibraltar o Portugal, como para saber si se debe extraer Ceuta o Cataluña. Todas estas opciones presentan argumentos tanto a favor como en contra, sin que ninguno de todos ellos presente un carácter irrebatible.

Pero esta indefinición teórica no es privativa del concepto «nación». Si tratamos de definir perfecta y sistemáticamente el concepto de Estado, sucede lo mismo. Existen Estados grandes y pequeños, económicamente sólidos y débiles, con poblaciones cultural y étnicamente relativamente homogéneas y heterogéneas, etc. Y esto no es algo baladí, máxime si tenemos en cuenta que en los últimos dos siglos los Estados se autodefinen como naciones (Estado-nación).

El problema se agrava, aunque paradójicamente se resuelve, si tratamos de hacer lo mismo con el concepto de democracia. De nuevo, no hay teoría que incontestablemente resuelva el dilema de sobre qué ámbito exacto deberíamos instaurar una democracia. Decimos que el dilema se agrava porque, en nuestra época histórica, el Estado se legitima sobre la idea de la democracia y la garantía de unos derechos que consideramos fundamentales. Así, la nación, en cuanto comunidad política, es la que se dota a sí misma de un sistema de poder, regido jurídicamente, que garantiza una serie de derechos y procedimientos. Pero, dada la endeblez teórica del concepto de nación, ¿cómo poder asentar sólidamente una democracia?

La paradoja apuntada surge cuando observamos que los principios democráticos nos dan también la solución al dilema, al constatar que la verdadera conquista de la Revolución Francesa (pese a sus innegables insuficiencias y excesos) radica en esa noción de democracia construida sobre los Derechos Humanos, de la que el concepto de nación sería instrumental. Si algo tiene de grandiosa la Revolución es la universalidad de sus valores y principios, y por ello no tardó en irradiarse al mundo entero.[3] La universalidad del concepto de nación y del principio democrático de que una comunidad humana tiene el derecho a decidir sobre los asuntos que le afectan, permite que cualquier colectivo se autodefina como nación y establezca su propio sistema político.

Por supuesto, ésta es sólo la teoría. Así, pese a que el significado primario de *nación*... era político,

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 642



> «...los diversos elementos que más adelante se usarían para descubrir definiciones de la nacionalidad no estatal ya se hallaban indudablemente presentes, ya fueran asociados con la nación revolucionaria o creándole problemas; y cuando más afirmaba ser una e indivisible, más problemas causaba la heterogeneidad que había dentro de ella. Poca duda hay de que para la mayoría de los jacobinos, un francés que no hablara francés era sospechoso, y que, en la práctica, el criterio etnolingüístico de nacionalidad se aceptaba con frecuencia...[4]»

HOBSBAWM, tras un minucioso análisis de la Revolución, observa que estos esfuerzos por cohesionar el territorio, especialmente en lo referente a la lengua[5], no lograban sino crear nuevos nacionalismos que se volvían necesariamente políticos, y que, en cualquier caso, «todas las naciones, incluso las de extensión mediana, tuvieron que construir su unidad basándose en la disparidad (interna) evidente».[6]

En suma, es necesario observar que «el ideal del Estado-nación sólo requiere un Estado independiente con soberanía sobre un territorio; no se precisa un territorio específico».[7] Ese territorio *concreto* no lo aporta la noción de Estado, sino la de nación. Pero debe notarse que, a su vez, el nacionalismo estatal se adapta al territorio ya existente. Por eso, «para comprender verdaderamente el conflicto étnico y nacional, uno debe comprender el marco espacial que existía previamente y en el que se moldeó el nacionalismo». De esta manera, «el concepto de nación fue encajado directamente dentro del orden territorial existente que fue aceptado como algo dado. Así, los imperios fueron simplemente redefinidos como Estados-nación».[8] Evidentemente, este cambio de la fuente de legitimidad creaba tensiones dentro, ya que otros grupos cumplían las condiciones que el centro estatal usaba para definir la nación, base del poder soberano.

El origen y desarrollo del Estado español no escapa a esta tendencia general. Tras la expulsión de los árabes de la península, los reinos y señoríos cristianos que quedaron dueños del campo de batalla fueron agrupándose mediante una mezcla de alianzas matrimoniales (por ejemplo, Castilla y Aragón) y de simple conquista (por ejemplo, Navarra), y disgregándose por el puro azar del campo de batalla (Portugal, Gibraltar). Sobre

---

[3] Ésta es otra paradoja de la moderna democracia, pues trata de garantizar derechos universales en un ámbito territorial particular: el del Estado-nación. Sobre estas tensiones centrales del Estado, la democracia, la nacionalidad y la ciudadanía modernas, *Vid.* FERRERO, Mariano y FILIBI LÓPEZ, Igor, «Globalización, espacio, ciudadanía. Notas preliminares para una filosofía política de la sociedad mundial», *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 3, nº 1, 2004; pp. 7-24.

[4] HOBSBAWM, Eric J. *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Barcelona, Editorial Crítica, 1995, reimp. de la 2ª ed.; pp. 28-30. Además del criterio etnolingüístico, también se podría hablar del criterio racial, como en el poco conocido pero ilustrativo caso de Haití...

[5] *Vid.* por todos la breve monografía –pero ilustrativa y contundente– sobre las recurrentes agresiones a la lengua vasca, tanto en Francia como en España: TORREALDAI, Joan Mari. *El libro negro del euskera*. Donosti, Ttartalo, 1998.

[6] HOBSBAWM, *Op. Cit.*, pp. 104, 98-100.

[7] WHITE, George W. *Nationalism and Territory. Constructing group identity in Southeastern Europe*. Lanham (Maryland, USA)..., Rowman & Littlefield Publishers, 2000; p. 23.

[8] *Ibid.*, pp. 252, 8 y 10.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 643



ese complejo magma se produjo un proceso de creciente centralización y uniformización que se consolidó con los decretos de Nueva Planta en el siglo XVIII, la abolición de los Fueros vascos a lo largo del siglo XIX, alcanzando su cima de centralización y uniformización nacional con la dictadura fascista. No obstante, una parte importante de la diversidad cultural anterior al proceso de centralización ha sido capaz de pervivir, lo que en algunos casos resulta casi milagroso.[9]

Volviendo al plano más general, respecto a la democracia vale lo dicho para la nación. Nadie cuestionó nunca el ámbito territorial o humano sobre el que sería aplicado el nuevo principio político. No puede extrañar que siempre hayan casado mal las lógicas centralista y jerárquica de la máquina de guerrear que era entonces el Estado, con los principios horizontales y consensuales de la democracia contemporánea. Estas tensiones son especialmente agudas en lo que se refiere a la capacidad del Estado-nación, aunque sea democrático, para encajar y acoger satisfactoriamente la diversidad en su seno, particularmente la diversidad nacional.[10]

Tras exponer brevemente este panorama tan complejo, hay algo que debe quedar claro: es tan cierto que las naciones –todas– son unas comunidades *imaginadas*,[11] como que en absoluto son *imaginarias*. Los efectos que producen los seres humanos en invocación de sus respectivas naciones son muy reales.

## III. AUTODETERMINACIÓN

Desde que las primeras naciones modernas comenzaron a construir sus Estados-nación, muchas veces se ha decretado la muerte del resto de colectivos que se autodefinían como naciones. Sin embargo, algunas han podido sobrevivir a los bárbaros métodos con los que se ha intentado homogeneizar dicha diversidad, y han terminado por resurgir de sus supuestas cenizas. Además, con sus demandas de autodeterminación han terminado por condicionar la agenda política de los Estados en los que se encuentran. Cuatro ejemplos muy rápidos servirán para esbozar esto, que servirá de punto de partida a la tesis que quiere sostenerse en este trabajo.

En primer lugar, comenzaremos por el socialismo. El propio MARX reconoció las realidades étnico-nacionales, y trató de asociar su potencia al ser-

---

[9] Esto explica que los nacionalismos vasco, catalán..., hayan surgido de forma reactiva ante agresiones del centro estatal y sean por tanto, en su origen, ideologías de resistencia. En el caso del nacionalismo vasco, surgido a finales del siglo XIX (sin contar el amplio periodo previo de la denominada «unanimidad fuerista», en que el descontento por la abolición de los Fueros fue notable y general; *Vid.* SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *El primer nacionalismo vasco. Industrialismo y conciencia nacional*. Madrid, Tucar Ediciones, 1975), vemos que durante 80 años ha combatido por sus ideas en contextos dictatoriales, represivos y muchas veces desde la clandestinidad, y sólo durante 28 años (sumando el periodo de la II República) ha podido desarrollar su actividad en un contexto democrático.

[10] *Vid.* FILIBI LÓPEZ, *La Unión política...*, *Op. Cit.*, capítulo 4.

[11] ANDERSON, Benedict. *Imagined communities*. London and New York, Verso, 1991 (1983).

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 644



vicio de la lucha proletaria, para lo que alentaba o sacrificaba estas reivindicaciones en función de la evaluación táctica general.[12] Sin entrar en las indispensables referencias a Rosa LUXEMBURGO y otros destacados teóricos sobre esta cuestión, fue LENIN el que sentó con claridad meridiana este punto de la «cuestión nacional»:

> «El programa nacional de la democracia obrera exige: ningún privilegio en absoluto para ninguna nación o idioma; solución libre y democrática por completo del problema de la autodeterminación política de las naciones, es decir, de su separación como Estado; promulgación de una ley general para todo el país que declare ilegítima y sin vigor toda medida (...) que instituya cualquier privilegio para una de las naciones y menoscabe la igualdad de las naciones o los derechos de una minoría nacional; cualquier ciudadano del Estado podrá exigir la revocación de tal medida por anticonstitucional y castigo judicial de cuantos intenten llevarla a la práctica.[13]»

Sin embargo, finalmente, los intereses tácticos y la pura coyuntura terminaron adulterando el camino de esta teoría a la práctica. Aquí LENIN mostró una sofisticación muy superior a casi todos los dirigentes que le han seguido. Afirmaba que «el derecho a la autonomía nacional debía ser reconocido en cualquier caso.» «Pero, añadía inmediatamente con sutileza, el derecho al divorcio no implicaba la obligación de divorciar. Las nacionalidades tienen derecho a pedir la autonomía o la independencia, pero, según los casos, los socialdemócratas pueden apoyar o no esta reivindicación (...) sólo en los casos en que coincidan con el interés general del proletariado».[14]

Esta preeminencia de los intereses más generales de la clase sobre la nacionalidad ha sido casi siempre más supuesta que real. Dos ejemplos ilustrativos servirán para demostrar esto con contundencia. Por un lado, el «momento de la verdad» de 1914, cuando los partidos socialistas franceses y alemanes votaron en clave nacional y fueron incapaces de priorizar sus afinidades de clase, apoyando la guerra. Por otro lado, el caso de la Tercera Internacional, que trató de recuperar el primigenio internacionalismo, pero que se vio de nuevo lenta pero inexorablemente minado por la introducción de elementos nacionalistas;[15] hecho que, en la URSS y pese a la formal igualdad de las nacionalidades, cristalizaría en una intensificación del viejo proceso de rusificación.[16]

En segundo lugar, desde el liberalismo, WILSON instituyó en sus famosos catorce puntos el principio de las nacionalidades (en gran medida respondiendo a la proclamación socialista de la autodeterminación), pero se define este principio, en apariencia universal, como aplicable sólo en los territorios de las potencias vencidas, lo que se usa básicamente para

---

[12] RODINSON, Maxime. «El marxismo y la nación», en: *Sobre la cuestión nacional*. Barcelona, Editorial Anagrama, 1975; pp. 14-5.

[13] LENIN. *Notas críticas sobre el problema nacional*. Moscú, Editorial Progreso, 1979 (1913); p. 8.

[14] RODINSON, *Op. Cit.*, pp. 22-3.

[15] Sobre el histórico españolismo y antinacionalismo vasco del PSOE, *Vid.* EGUIGUREN, Jesús M. *El PSOE en el País Vasco (1886-1936)*. San Sebastián, Haranburu Editor, 1984; esp. pp. 104 y 154-5.

[16] RODINSON, *Op. Cit.*, pp. 18 y 30-1.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 645



desmembrar los imperios austro-húngaro y otomano. Nadie habló de aplicar este principio para decidir sobre la separación de Irlanda del Reino Unido, por poner un ejemplo obvio en aquella época.

En tercer lugar, la autodeterminación de los pueblos se consagra en la época de la descolonización como principio jurídico universal, pero pronto será interpretado por los juristas occidentales como aplicable sólo a una lista de casos *definidos* como coloniales, exceptuando así su aplicación dentro del espacio político occidental.

Por fin, tras la caída del Muro de Berlín y el fin de la Guerra Fría, la autodeterminación resurge otra vez como principio transformador del escenario político internacional, pero también de nuevo sólo se aplica a los países de la Europa del Este (perdedora de la Guerra Fría)... que apoyen las potencias occidentales.

En síntesis, en cada momento histórico este principio (con sus diversas denominaciones) no ha podido sino reconocerse, si bien siempre ha tratado de limitarse su efecto a zonas en las que bien interesaba su aplicación, bien no podía evitarse ésta, pero se intentaba minimizar su alcance. Por ello, no resultan suficientes los análisis científicos que se limiten a la exploración del derecho positivo, puesto que si algo queda claro de la autodeterminación es que lo relevante no es su positivización, que siempre ocurre a posteriori, sino comprenderlo como un principio esencialmente político, íntimamente vinculado al poder y los intereses económicos, políticos y sociales.[17]

Además, cuando no podía evitarse su uso, hay que reconocer que prácticamente en todos los casos dicha inevitabilidad provino de la pura fuerza. Nos centraremos, de los escasos ejemplos que ofreció el siglo XX de procesos pacíficos de autodeterminación en Occidente, en tres: la reunificación alemana, la separación de Checoslovaquia y los dos referenda en Quebec, proceso que culminó con la aceptación por parte del Tribunal Constitucional canadiense de dicha demanda política y su subsiguiente constitucionalización, estableciendo el procedimiento a seguir para la eventual secesión de la provincia francófona.

Veamos estos tres casos. El caso alemán presenta unas características muy particulares, debido al enorme peso económico de la República Federal Alemana y su conexión con los cambios de poder en el escenario

---

[17] Por ello, estudios como el de Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, que explícitamente excluye de su análisis «hipotéticas manifestaciones de la autodeterminación en el Derecho natural o en la teoría política de las nacionalidades» («Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1er semestre 1999; p. 104), deben ser criticadas por insuficientes, pues la evidencia histórica muestra que cuando se ha aplicado este principio esencialmente *político*, las limitaciones y restricciones *jurídicas* previas han resultado, simplemente, superfluas. Ha sido precisamente la pertinaz obstinación en excluir del Derecho este elemento básico de la democracia, lo que ha convertido a la autodeterminación en un fenómeno fáctico. Estamos, por tanto, en sentido inverso, ante un magnífico ejemplo de que la positivación jurídica no agota las opciones sociales y políticas.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 646



internacional tras la Guerra Fría. Aunque resulta indudable el peso que jugó la ciudadanía en «derribar el muro» y enfrentarse a las fuerzas de seguridad, pacífica pero firmemente, no pueden sustraerse del análisis las implicaciones que dicho proceso tenía para el orden internacional. Ello hace de este caso un mal ejemplo del que extraer generalizaciones.

En el caso de Checoslovaquia hubo un acuerdo previo entre las élites políticas de ambas nacionalidades, que la población se limitó a refrendar luego en las urnas. Se trata de un proceso político muy pacífico, dada la confluencia de intereses, pero no muy edificante desde un punto de vista democrático.

Por último, el caso de Quebec responde a un amplio sentimiento de identidad diferenciada que fue intensificándose en la sociedad y calando en la clase política, hasta convencer prácticamente a la mitad de la población de la necesidad de la secesión (aunque la intención de la mayoría de los nacionalistas fuese la de acordar a continuación, desde un parámetro de igualdad formal, un reacomodo dentro de la federación canadiense).

Por otro lado, en Bélgica también se da un caso muy interesante, pues un Estado unitario clásico, directamente inspirado en el modelo jacobino francés, ha pasado en pocas décadas a ser tal vez el Estado más descentralizado del mundo. Una forma simplista de valorar este caso sería la de identificarlo como un proceso acelerado de descomposición del Estado. No obstante, en nuestra opinión, la sociedad belga, por motivos que no pueden desarrollarse aquí por falta de espacio, ha aceptado su propia complejidad y ha aceptado el reto de buscar fórmulas novedosas y muy originales que permitan la convivencia de sus distintas identidades y realidades sociales, económicas y políticas. Además, los belgas llevan ya un tiempo tratando de optimizar las oportunidades y flexibilidad generadas por el proceso de integración europea para construir equilibrios constitucionales, frágiles pero eficaces.

En contra de quienes sólo ven en este magnífico experimento político una dilación de la fatal e inevitable secesión, repitiendo así el esquema clásico, nosotros vemos en esta voluntad de querer seguir viviendo juntos –«pero no revueltos»–, un loable ejercicio de creatividad política para adaptar los instrumentos jurídico-políticos a la sociedad y no viceversa. En nuestra opinión, es Bélgica, y no tanto la recurrente Alemania, el caso que debería estudiarse a fondo en la doctrina española, aunque sólo fuese porque Alemania no tiene planteado el reto de acomodar varias naciones en el seno del Estado, lo que sí sucede tanto en Bélgica como en España.

Con sus variantes particulares, los casos de Checoslovaquia, Bélgica y Canadá parecen inducir a cierto optimismo sobre las posibilidades de comenzar a resolver civilizadamente los conflictos de los Estados con su diversidad nacional. Sin embargo, existe un dato que obliga a frenar notablemente la euforia: tanto en la antigua Checoslovaquia como en la actual Bélgica, las comunidades nacionales en conflicto eran demográficamente equivalentes (manteniendo una relación aproximadamente de 40%-60% de la pobla-

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 647



ción estatal). Resulta triste que sólo cuando las naciones en conflicto tienen una dimensión equivalentes son capaces de alcanzar acuerdos de convivencia (Bélgica) o separación (Checoslovaquia) de manera democrática y pacífica. Así, sólo Canadá parece resistir el análisis crítico, pues únicamente allí la abrumadora mayoría anglófona ha aceptado que debe respetar la voluntad mayoritaria de Quebec, si se produjese, y avenirse a negociar de forma justa la eventual separación de la provincia.[18]

Al hilo de esta posibilidad de separación, es preciso detenerse de nuevo en la sentencia ya citada de Lenin: «el derecho al divorcio no implica la obligación de divorciar». Este es un punto decisivo, normalmente minusvalorado en los análisis político-constitucionales, y que, en el actual contexto europeo, marcado por un sólido proceso de integración política y económica, ofrece nuevos matices y oportunidades. CARR ya observó claramente esta posibilidad cuando, concluyendo su análisis de las causas de la crisis europea de las dos guerras, afirmaba que:

> si recordamos que el principio que está en cuestión es el de autodeterminación, y evitamos confundirlo con el principio de nacionalidad, tendremos claro que este principio no es necesariamente uno de desintegración. Los hombres pueden «determinarse» a sí mismos dentro de unidades más grandes tanto como dentro de unidades más pequeñas.[19]

Estamos de acuerdo con el profesor SOLOZÁBAL, que ha desarrollado magníficamente esta misma idea, en que cualquier grupo humano que se considere tal, tiene derecho a un nivel de autogobierno que asegure la existencia de dicho colectivo, y que ello no tiene que conducir necesariamente a la formación de un Estado propio[20], máxime en un contexto político como el europeo. Sin embargo, no podemos compartir que la autodeterminación sea únicamente una última opción, de legítima defensa, para los pueblos que estén tan oprimidos que no tengan otra salida, pues ¿quién juzgaría la situación, decidiendo el futuro de todo un pueblo? Además, ¿por qué debe llegarse al extremo de una opresión total? Sólo el mismo pueblo puede decidir su presente y futuro.

Para terminar, de momento, con este punto central, la situación de legítima defensa citada por el profesor SOLOZÁBAL se cumplía plenamente en el año 1977, tanto en los casos vasco como catalán (por no seguir la lista). Sin embargo, el nuevo régimen democrático no contempló la posibilidad de plantearse la cuestión de la autodeterminación; es más, la Constituyente la rechazó explícitamente. Precisamente por esto, podría entenderse que sólo ahora, después de dos décadas y media de ejercicio democrático, pueden estas naciones (incluyendo aquí la española) pensar

---

[18] Sobre la conexión entre la fórmula de compartir soberanía en el proceso de integración europeo y las tesis nacionalistas quebequesas, *Vid.* KAUR, Pitamber. *Federalism and political separatism. A case study of Quebec in Canada*. New Delhi, South Asian Publishers, 2000; p. 167.

[19] CARR, Edward Hallet. *Conditions of peace*. London, Macmillan, 1942; p. 60.

[20] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Las bases constitucionales del Estado autonómico*. Madrid, McGraw-Hill, 1998; pp. 353-7.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 648



y definir su futuro con libertad, sin el sombrío ruido de sables al fondo y sin que sus legítimas pretensiones de autogobierno pongan en peligro la propia experiencia democrática. Así, tal vez sólo ahora sea posible resolver un problema político y constitucional que «no viene, naturalmente, de la existencia de partidos nacionalistas, sino de la presencia en la sociedad española de sentimientos nacionalistas que no nacieron con la Constitución ni son por tanto creación de ésta».[21]

## IV. FEDERALISMO Y FEDERACIÓN

Las nociones de federalismo, federal, federalista, federación, confederación, federativo, etc., han sido tan utilizadas y con tan escaso criterio que han terminado por ver notablemente diluido su significado. Probablemente, la única disciplina social que escapa a esta tendencia de homologar y hacer virtualmente intercambiables estos conceptos sea la jurídica, pues no en vano fue en el campo del Derecho donde primero se acuñaron estos términos. Si añadimos que, además, desde que arrancó el proceso de integración europeo, se usan tanto para referirse al ámbito estatal como al comunitario, la confusión resulta ya completa.

En la actualidad, parece comenzar a haber una relativa aceptación respecto a la importancia de distinguir, básicamente, entre los conceptos de *federalismo* y *federación*.

> En el primer caso nos estamos refiriendo, siempre y de modo general, tanto a una filosofía y a un conjunto de ideas como a los movimientos inspirados por las mismas; en el segundo caso se alude a un conjunto de estructuras estatales y que, naturalmente, están basadas en el federalismo. La federación implica un conjunto de instituciones (constituciones, parlamentos, tribunales de justicia, etc.), así como unos procedimientos, prácticas y relaciones políticas determinadas. Pues bien, el federalismo en cuanto filosofía inspira y anima la creación de las instituciones adecuadas, a la vez que da sentido y significado a los procedimientos y comportamientos políticos.[22]

Vemos así cómo esta distinción aísla dos aspectos que, aunque obviamente relacionados, son conceptualmente diferentes. Por su parte, el debate sobre estas cuestiones en el plano supranacional no sólo enriquece el pensamiento federalista, sino que también sirve para visualizar con mayor claridad la pertinencia de esta distinción conceptual. Así,

> La importancia de esta distinción radica en que en relación al tema que nos ocupa, el federalismo, las ideas y la doctrina federal no siempre coinciden ni van acompañadas por estructuras federales estatales. En el momento actual de construcción europea, no pudiendo hablar todavía de *federación* europea, sí en cambio se pueden descubrir ya muchos rasgos *federalistas* que están presentes y que poco a poco van penetrando la vida de la Comunidad.[23]

---

[21] Rubio Llorente, Francisco, «Encuesta: la dinámica del sistema autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1er semestre 1999; p. 35.

[22] Rojo Salgado, Argimiro. El modelo federalista de integración europea: la Europa de los Estados y de las Regiones, Dykinson, Madrid, 1996, p. 20.

[23] *Ibid.*, p. 20.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 649



A pesar de su evidente utilidad teórica y de su antigüedad, pues esta distinción ya fue propuesta por FREEMAN en 1863 con su *History of Federal Government in Greece and Italy*, no será hasta 1946 cuando la influyente obra *Federal Government* de Wheare comience a popularizarla; aunque esta distinción (existente, pero implícita) no será explicitada hasta 1982, gracias a *Federalism and Federation* de Preston KING.[24]

Con todo, fruto de su época, el empleo inicial de estos conceptos era esencialmente histórico y jurídico, y desde un enfoque muy estático. Desde la aparición de la obra de Wheare hubo que esperar hasta que Carl J. FRIEDRICH –que también reconoció la validez de esta distinción–, enriqueciera el instrumental teórico asociando el federalismo a la noción, rápidamente aceptada, de *proceso*. [25]

> La federación es el proceso por el cual un cierto número de organizaciones políticas separadas, trátese de Estados o de cualquier otra clase de asociación, se ponen de acuerdo para resolver sus problemas en común, es decir, para adoptar políticas comunes y adoptar decisiones comunes concernientes a sus problemas comunes; la federación es también el proceso por el cual una comunidad política, organizada según un modelo unitario, se descentraliza y divide en un cierto número de subcomunidades políticas distintas y separadas, con el fin de alcanzar un nuevo orden en el cual las comunidades diferenciadas, en adelante organizadas separadamente, son capaces de solucionar separadamente los problemas que no son comunes.[26]

Así, sobre el sustento teórico de FRIEDRICH,[27] «la doctrina alemana fue la primera en abandonar la tesis de la centralización y en poner en evidencia las acciones e interacciones de los actores federales y federados que se traducen en una imbricación de sus políticas».[28] Esto tiene varias consecuencias importantes. En primer lugar, que el federalismo contemporáneo resulta tener una doble naturaleza: es a la vez *estructura* y *proceso,* y se caracteriza por una cooperación negociada entre los distintos actores sobre problemas y programas comunes dentro de un compromiso básico orientado hacia la búsqueda de un consenso o, al menos, hacia «una acomodación que preserva la integridad fundamental de todas las partes».[29]

En segundo lugar,

---

[24] KING, Preston. *Federalism and Federation*. London, Croom Helm, 1982. Estas referencias históricas están extraidas de: BURGESS, Michael. *Federalism and European Union: The building of Europe, 1950-2000*. London and New York, Routledge, 2000; p. 24.

[25] BURGESS, The building..., *Op. Cit.*, p. 20.

[26] FRIEDRICH, C. J., *A la découverte du fédéralisme*, Presses d'Europe, Paris, 1979, p. 9; citado en: ROJO SALGADO, *Op. Cit.*, pp. 33-4.

[27] FRIEDRICH, C. J. *Trends of Federalism in theory and practice*. London, Pall Mall Press, 1968.

[28] CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias contemporáneas*. Barcelona, Editorial Hacer, 1994; p. 144.

[29] ELAZAR, Daniel, «Les objectives du fédéralisme», *L'Europe en Formation*, número especial, 190-192, 1976, p. 165 (citado por CROISAT, *Op. Cit.*, p. 145). Por otro lado, cuando este compromiso moral se rompe, por ejemplo en el marco de un conflicto etnonacional centro-periferia, el resultado suele ser de deslegitimación y parálisis más que de colaboración. Esto indica la necesidad de un clima de *lealtad* mutua para el correcto funcionamiento del proceso federal.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 650



> Esta dimensión aclara de nuevo la naturaleza política del federalismo. En efecto, no se trata de un «ajuste», un desarrollo exterior producido por la coyuntura histórica o por la evolución de las formas de pensar. Al contrario, puede afirmarse que precede a la elaboración de las construcciones constitucionales de las federaciones y confederaciones.[30]

Por este motivo, continúa CROISAT, a diferencia de los Estados unitarios donde las alternancias dependen del centro soberano, toda federación está sometida a las oscilaciones de unos equilibrios siempre provisionales, sujetos a constante negociación,[31] que marcan las fases de mayor o menor centralización-descentralización, integración-diferenciación.[32] Las relaciones federales son por su propia esencia fluctuantes, y por ello las principales características del federalismo son el compromiso y la negociación.[33] Esto plantea una amenaza ya que aunque, «en principio, estructuras y procesos federales deberían ir paralelos», en ocasiones, si el desajuste entre ambas dimensiones es tan grande que dispara la sospecha de inconstitucionalidad, «sería entonces necesario reconciliar federalismo dualista y cooperativo, estructura y proceso, a través de una reforma constitucional[34] de envergadura», dado que normalmente la «estructura federal ocupa una posición secundaria en relación con la multitud de relaciones establecidas en el proceso federal».[35] Esta primacía histórica del proceso es clara en el caso de los Estados Unidos, cuyo sistema federal actual tiene poco que ver con el que diseñaron sus padres fundadores, y que aún hoy continúa siendo un sistema de gobierno en constante experimentación y cambio.[36]

Esto nos conduce a la tercera consecuencia, ya que si el proceso se impone a la estructura, hasta el punto de obligar a la reforma constitucional para garantizar la coherencia del sistema, es posible entender también la propia Constitución en términos de proceso.[37]

---

[30] CROISAT, *Op. Cit.*, p. 145.

[31] *Vid.* también: RUBIO LLORENTE, Francisco, «Encuesta: la dinámica del sistema autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1er semestre 1999; p. 24.

[32] *Vid.* para un enfoque similar: BENZ, Arthur, «Regionalization and decentralization», en: BAKVIS y CHANDLER, *Op. Cit.*, p. 142-3.

[33] AHMED, Y. Rafeek, «Secession and federal polity», en: AZAM, Kousar J. (Ed.). *Federalism and good governance. Issues across cultures.* New Delhi, South Asian Publishers, 1998; p. 236.

[34] «En todas las federaciones existen conferencias, institutos, comisiones consagradas a esta tarea», afirma Benz. Esto abre el debate político a las comunidades de asesores y expertos; y la necesidad estructural del sistema de este conocimiento especializado y muy sensible, despierta el interés por averiguar quién lo elabora y para quién (es decir, quién elige a estos expertos). En esta línea, Benz concluye retadoramente que, cuando el impulso del cambio del paradigma de organización (término que usa para referirse al proceso dinámico de interacciones) no resulta efectivo, «la estructura del sistema estaría en un estado de contradicción», lo que «significa que la descentralización y la regionalización servirían sólo a objetivos políticos simbólicos» (BENZ, *Op. Cit.*, p. 131).

[35] CROISAT, *Op. Cit.*, p. 147. El último entrecomillado corresponde a una cita indirecta que hace de J. ANASTOPOULOS.

[36] AHMED, *Op. Cit.*, p. 235.

[37] Esto converge con la tesis que, desde el Derecho constitucional pero alejada del debate sobre el federalismo, mantiene: ESTÉVEZ ARAUJO, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil.* Madrid, Editorial Trotta, 1994; esp. pp. 41-89.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 651



A continuación completaremos estas nociones generales que se han visto sobre el federalismo –que se pueden resumir diciendo que los principios federales se refieren a la combinación de autogobierno (»self-rule») y gobierno compartido («shared rule»)–,[38] con un breve marco conceptual. No se trata de mostrar un cuadro acabado, que resulta imposible por la gran complejidad del fenómeno, sino de esbozar algunos conceptos que nos ayuden a orientarnos entre las múltiples variantes de federalismo, en ocasiones con acusadas diferencias entre sí.[39] Así, identificaremos tres grandes elementos: las sociedades federales, sus instituciones y la 'política federal'.

En primer lugar, «una *sociedad federal* es una en la que existen divisiones (*cleavages*)[40] territoriales significativas, que pueden estar o no reforzadas por divisiones lingüísticas, religiosas o étnicas». En segundo lugar, por *instituciones federales* se hace referencia tanto a los elementos propiamente institucionales como a los constitucionales. Los primeros engloban los mecanismos institucionales diseñados para dar expresión a los *cleavages* de la sociedad federal (como, por ejemplo, la existencia de una segunda cámara de representación territorial), al menos los que se reconocen, pues puede darse el caso de que exista alguno que no esté recogido en estos mecanismos (y tal vez siendo objeto de enfrentamiento social y/o político). Por otro lado, los elementos constitucionales incorporan la sociedad constitucional formal del Estado federal, centrándose principalmente en la división de poderes entre los gobiernos estatal y subestatales. En tercer y último lugar, la *política federal* agrupa tanto los partidos políticos como los grupos privados que dinamizan la estructura institucional más formal de los Estados federales.

No obstante esta distinción, válida a los efectos analíticos pero irreal, sólo comprenderemos verdaderamente el federalismo si tenemos en cuenta que su esencia «se encuentra en la interrelación (*interplay*) entre estos tres factores, en su compleja y recíproca interacción». Aún más, «es de particular importancia la naturaleza cambiante de esta interacción a lo largo del tiempo en la medida en que las sociedades se transforman mediante el cambio social y las instituciones federales a la vez que conforman y se ajustan al cambio social».[41]

Esta última idea es muy interesante y sugerente, porque no se queda en una definición simplemente dinámico-institucional, esto es, entre los tres elementos señalados, sino que abre el proceso federal al campo más amplio de la propia sociedad y sus procesos de cambio. Esto constituye un gran acierto, pues no *supone* que los conflictos y cambios sociales se-

---

[38] ELAZAR, Daniel J. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa y Londres, The Alabama University Press, 1991; p. 5.

[39] Las ideas centrales del esquema que se presenta a continuación las hemos extraido de: GIBBINS, Roger, «Federal societies, institutions and politics», en: BAVKIS/CHANDLER, *Op. Cit.*, pp. 15-16.

[40] Este concepto de la ciencia política hace referencia a las principales tensiones o líneas de fractura que marcan a una sociedad.

[41] BAVKIS/CHANDLER, *Op. Cit.*, p. 16.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 652



rán *automáticamente* canalizados y articulados por los partidos políticos, sino que, en línea con las ciencias sociales actuales, permite incorporar fenómenos y conceptos teóricos tan ricos y esclarecedores como los de la *sociedad civil* organizada, *Nuevos Movimientos Sociales* (NMS), etc.

Queda una última cuestión por tratar, el último punto esencial del federalismo: su carácter voluntario, esto es, el *consentimiento*. Esta idea, que nace asociada al federalismo desde su más remota génesis, posee el germen del pensamiento democrático con el que se fusionará más tarde el federalismo. No en vano, el primer experimento democrático moderno se articulará federalmente. Pero, volviendo a la cuestión, la idea de pacto, central en la doctrina federalista, arrastra la de igualdad entre las partes, la de su respeto mutuo. Desde ese reconocimiento y consentimiento mutuo, con esa base de legitimidad, se construye luego el edificio de las obligaciones recíprocas. Por eso es tan importante, casi la piedra angular, del edificio federal; y por eso debe asumirse hasta sus últimas consecuencias:

> Resulta ahora imperativo para los estudiosos de la teoría y la práctica federales encontrar la lógica subyacente de los sistemas federales. También es necesario examinar las perspectivas de las unidades que buscan la ruptura para sobrevivir lo que en otras palabras sólo conduce a plantear la cuestión capital de las razones para la formación de la unión federal. El federalismo como una organización política inevitable basada en razones obligatorias estará bajo presión si la desaparición de las razones para el establecimiento de la unión causan una revisión de la decisión de unirse a la federación o de permanecer en una federación particular cuando las condiciones cambian.[42]

Otra cosa será que la lógica centralizadora estatal de los Estados federales haya minado y desvirtuado este elemento de su naturaleza. Pero, como ya se ha visto, debe distinguirse entre Federación (Estado federal) y federalismo. Aquí se está haciendo referencia a los conceptos básicos del federalismo, y no tanto a sus distintas articulaciones teóricas o históricas.

## V. LA EVOLUCIÓN HACIA EL FEDERALISMO GLOBAL O INTEGRAL

La evolución del pensamiento federalista fue resumida por Alexandre MARC en cuatro fases.[43] En una primera, se habrían ido configurando algunos elementos claves: la revelación judeo-cristiana,[44] el descubrimiento de la razón y del individuo en Grecia y el derecho objetivo romano. Estas ideas avanzarían hacia un orden pre-federalista basado en el compromiso personal en la Edad Media. Esta segunda etapa, cuya importancia suele ignorarse, contrasta con la favorable impresión que causaba a los padres fundadores de los Estados Unidos de América. La tercera fase supone un salto cualitati-

---

[42] AHMED, *Op. Cit.*, p. 234. Traducción nuestra.

[43] MARC, pp. 269-71.

[44] Para un desarrollo *in extenso* de esta cuestión, *Vid.* MARC-LIPIANSKY, Mireille, «Fondements judéo-chétiens du personnalisme», *L´Europe en Formation*, nº 319-320, 2000-2001; pp. 92-154. Especialmente los apartados dedicados a la invención de la persona (pp. 103-7) y a la distinción entre individuo y persona (pp. 126-32).

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 653



vo decisivo, con la Revolución norteamericana y el establecimiento del primer Estado federal, basado en las ideas de HAMILTON, JAY y MADISON; nace así el federalismo hamiltoniano o «político», vinculado al Estado. La cuarta fase se inicia ya en el siglo XX, con el surgimiento en los años 30 del federalismo global o integral, continuando el camino abierto por el federalismo de Proudhon a finales del siglo anterior; en esta corriente destacan, sobre todo Alexandre MARC, pero también Denis DE ROUGEMONT, H. BRUGMANS, G. HÉRAUD, F. KINSKY, MIREILLE y Arnaud MARC-LIPIANSKY, J.-P. GOUZY, P. DUCLOS, etc. que entroncan y continúan la línea de corrientes de pensamiento iniciada en el siglo XIX con Proudhon, Le Fur, Jellinek, y luego Scelle, Friedrich... El federalismo global completa y enriquece el pensamiento hamiltoniano con múltiples sugerencias tanto filosóficas y doctrinales como de orden práctico.[45]

Con este esbozo histórico en la mente, nos iremos aproximando a los orígenes del federalismo moderno, esto es, a aquellos pensadores que hicieron posible el salto del orden prefederalista feudal al federalismo americano. En esta tarea seguiremos los pasos de Michael BURGESS.[46] Este autor nos recuerda que los trabajos de Vincent OSTROM[47] y Daniel J. ELAZAR[48] ya habían sugerido la conexión del federalismo americano y sus principios normativos con la idea bíblica del pacto o alianza (*covenant*) entre Dios y los hombres; así como entre éstos mismos. Desde Australia, S. Rufus DAVIS incidía en 1978 en el mismo punto:

> ... en algún lugar cerca del comienzo de todo esto se encuentra la idea de 'foedus'... Y la asociación lexicográfica de foedus con pacto (covenant), y de su afín 'fides' con fe y confianza, nos proporciona la primera prueba crucial. Porque en la idea de pacto, y en las sinónimas de promesa, compromiso, garantía, o deber, juramento, y empeñar la palabra propia sobre un tipo de conducta en relación con otros, llegamos al vital instrumento unitivo de la civilización... la idea de pacto... implica la idea de cooperación, reciprocidad, mutualidad, e implica el reconocimiento de sujetos– sean éstos personas, un pueblo, o un ser divino.[49]

Pero este conocido vínculo entre el federalismo religioso y el político dio un salto hacia atrás en el tiempo con la publicación en 1991 del trabajo de dos especialistas norteamericanos en teología.[50] Charles MCCOY y J. WAYNE BAKER demostraron dos puntos importantes: en primer lugar, que los conceptos «federal» y «pacto» (*covenant*) están íntimamente relacionados y son virtualmente intercambiables; y, en segundo lugar, la importancia decisiva de un olvidado Heinrich BULLINGER y su obra (*The One and Eter-*

---

[45] ROJO SALGADO, *Op. Cit.*, p. 23.

[46] BURGESS, *The building..., Op. Cit.*, pp. 1-19.

[47] OSTROM, Vincent. *The political theory of a compound republic: designing the American experiment*. Lincoln and London, University of Nebraska Press, 1987.

[48] KINCAID, J. and ELAZAR, D. J. (Eds.). *The covenant connection: federal theology and the origins of modern politics*. Durham (N.C.), Carolina Academic Press, 1985; ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa (AL), University of Alabama Press, 1987.

[49] DAVIS, S. Rufus. *The federal principle: a journey through time in quest of a meaning*. London, University of California Press, 1978, p. 3; citado en: BURGESS, *The building..., Op. Cit.*, p. 5. Traducción nuestra.

[50] MCCOY, Charles y BAKER, J. Wayne. *Fountainhead of federalism: Heinrich Bullinger and the covenantal tradition*. Louisville (Kentucky), Westminster/John Knox Press, 1991.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 654



*nal Testament or Covenant of God*, 1534) en la historia del pensamiento federalista, que sustentan en tres razones:

> Primero, porque su influencia fue «directa en el siglo posterior a su publicación e indirecta en los siguientes»; segundo, porque tanto en términos teológicos como filosóficos estableció el vínculo formal entre federalismo y pacto (*covenant*); y, tercero, porque reconoció la importancia de las entidades sociales primarias –tales como familias, congregaciones, gremios ocupacionales y organizaciones comerciales– y sus relaciones como esencialmente «federales». Otras razones adicionales para su influencia continua son el énfasis (mucho antes que Montesquieu) respecto a la división de poderes, la necesidad de construir el federalismo en términos dinámicos como un modelo de relaciones cambiantes y, finalmente, la convicción de que la humanidad y la historia son tanto desarrollo como progreso.[51]

El primero de los puntos reseñados permite reconocer el justo mérito de un autor que se adelantó tres cuartos de siglo al intelectual calvinista alemán Johannes Altusio (*Politica Methodice Digesta*, 1603), tradicionalmente considerado como el *primer* gran pensador del federalismo. No obstante este meritorio adelanto temporal, las ideas indudablemente federalistas avanzadas por Bullinger, sólo cristalizarán en el pensamiento más acabado de Altusio, que debe ser considerado como el primer *gran* pensador europeo del federalismo. Para exponer las ideas políticas de Altusio utilizaremos una extensa pero precisa cita de Burgess:

> Una concepción fundamentalmente orgánica de la sociedad y de las estructuras que comprende, delineadas por los principios del corporatismo y de la subsidiariedad; el reconocimiento de las bases tanto funcionales como territoriales de la representación; la fe en el 'foedus' como el principio normativo y ético de la organización humana más que como en un mero sentido empírico y/o instrumental; y un reconocimiento de la compleja interacción entre los individuos, grupos y sociedades que caracterizan la fundamental interdependencia de la vida humana. El Estado compuesto (compound) altusiano, en contraste con el Estado centralizado bodiniano, es de esta forma una amalgama de asociaciones políticas basada en el consentimiento y construida desde abajo hacia arriba, en la que el poder se dispersa tanto territorial como funcionalmente. La federación emerge así como un orden político que persigue acomodar el mayor número posible de comunidades y sociedades, primarias e intermedias, sin destruirlas. Es un orden vivo, plural, orgánico que se construye a sí mismo desde la base hacia arriba, edificando sus grados de autoridad y toma de decisiones de acuerdo con el principio de subsidiariedad.[52]

Este resumen, además de bosquejar con pocos trazos lo fundamental del pensamiento federalista del gran clásico, acierta al oponer estas ideas a las de Bodino, contextualizando así este germen del federalismo.[53] Y es que, paradójicamente, la obra de Jean Bodin (*Los seis libros de la Repú-*

---

[51] *Ibid.*, p. 6. Traducción nuestra.

[52] *Ibid.*, pp. 7-8. Traducción nuestra. Las ideas del párrafo anterior están basadas igualmente en estas páginas.

[53] La íntima relación entre ambos conceptos –Estado y federalismo– ha sido apuntada desde entonces por diversos autores. Por ejemplo, Pierre Duclos ya afirmó la «íntima solidaridad» de estos conceptos (Duclos, *Op. Cit.*, p. 19). También Maurice Duverger conectó ambas ideas manteniendo que «como las teorías de la soberanía han sido elaboradas para justificar el desarrollo del Estado, su desvalorización ha engendrado las teorías opuestas: las teorías federalistas» (Duverger, M. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris, P.U.F., 1956, p. 73).

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 655



*blica*, 1576), que se convirtió en el modelo de la racionalización del Estado unitario monárquico, debe ser incluida en la historia del federalismo. La razón es que esta obra, junto con los posteriores desarrollos del nuevo Estado soberano (HOBBES) y liberal (LOCKE), desató las fuerzas de resistencia al nuevo poder centralizado. Se reinauguraba así, en el terreno teórico-práctico la antiquísima tensión entre las fuerzas centrífugas y centrípetas, entre la centralización y la dispersión del poder. Aspectos que el propio ALTUSIO ya había identificado y que luego serán decisivos en el pensamiento federalista: no sólo su énfasis en la naturaleza del pacto federal –el consentimiento–, sino también la necesidad de dispersar el poder en distintos grados, tanto funcional como territorialmente.[54]

Tras la experiencia americana, el federalismo da un salto cualitativo. Mientras la corriente anglosajona se volcaba en perfeccionar su modelo político, en Europa el federalismo continental produce dos rutas distintas pero casi paralelas que terminan por converger, si no orgánicamente, sí intelectualmente.

En primer lugar, cronológicamente y en importancia, la obra de PROUDHON[55] (*Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, 1863) proyecta las ideas federalistas fuera del simple marco «político» hacia el conjunto de la sociedad. Desde una concepción orgánica de la sociedad que acepta el conflicto como consustancial a los seres humanos –entendidos como personas tanto sociales como morales–, y encuadrado en una estructura federal, este autor abre así el camino intelectual que culminará, en los años 30 del siglo XX, en la *filosofía personalista* y el *federalismo integral* (o *global*) de los «no conformistas» franceses.[56]

Paralelamente, en ocasiones enriqueciéndose mutuamente, se desarrollará otra corriente en la Europa continental, con principios filosóficos similares, dentro de lo que se conoce como *doctrina social de la iglesia católica*, que va desde finales del siglo XIX a los años 30 del siglo XX. Aunque la iglesia no se adherirá formalmente al federalismo, la centralidad en sus postulados de una concepción orgánica de la sociedad, de la primacía de la persona, su acuñación del concepto de subsidiariedad... enriquecieron el debate con sus ideas.

---

[54] HUEGLIN, Thomas O., «Le fédéralisme d'Althusius dans un monde post-westphalien: des concepts du début de l'ère moderne pour un ordre démocratique à la fin de celle-ci», *L'Europe en Formation*, nº 312, 1999; pp. 28 y 33-4 (respecto a la necesidad de consentimiento ), y 31 (sobre la dispersión del poder en distintos niveles). Este artículo no sólo expone con claridad las ideas fundamentales de Altusio (pp. 27-47), sino que llega a reclamar una revisión actualizada de las mismas y su pertinencia para la teoría y la práctica política de estos primeros tiempos de la era postwesfaliana (pp. 27 y 48-54).

[55] El punto esencial del pensamiento de Pierre-Joseph Proudhon (1809-65) que aquí nos interesa es el referido a su comprensión dialéctica de la sociedad, especialmente su aplicación de la noción hegeliana de *contradicción*, que motivaría una agria polémica con Karl MARX. Así, «mientras para Marx sólo hay una síntesis posible capaz de resolver los antagonismos de tesis y antítesis, la filosofía de Proudhon admite una variedad de soluciones posibles (...) En lenguaje moderno diríamos que Proudhon era esencialmente un *pluralista*, mientras que Marx era *monista*» (COLE, G. D. H. *Historia del pensamiento socialista*. Vol. I: *Los precursores, 1789-1850*. México, Fondo Cultura Económica, 1975; pp. 205-9; subrayado nuestro).

[56] Esta filosofía se desarrolló y expandió alrededor de las organizaciones, y revistas del mismo nombre: «L'Ordre Nouveau» y «Esprit».

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 656



Con esta breve introducción se pretende afirmar dos ideas claves: la continuidad de una tradición política que abarca el pensamiento de Bullinger, Altusio, Proudhon, la tradición de la reforma protestante y las encíclicas papales de la iglesia católica; y la relevancia directa de esta corriente de pensamiento en la evolución general de la idea europea.[57] Esta tradición del pensamiento europeo converge intelectualmente en el personalismo y el federalismo integral o global (denominado así para significar su mayor amplitud respecto al federalismo «sobre todo político» o *hamiltoniano*). En realidad ambas doctrinas –personalismo y federalismo integral– son *inseparables*, como lo mantuvieron constantemente sus principales representantes: Arnaud Dandieu, Robert Aron, Alexandre Marc, Denis de Rougemont, Emmanuel Mounier, René Dupuis, Georges Izard, Henri Daniel-Rops, Claude Chevalley (y, sólo tras la Segunda Guerra Mundial, pero con gran peso, Henri Brugmans).[58] Así, para los personalistas, el federalismo no es una receta política o jurídica para mejorar el Estado, sino un *principio general de organización de la sociedad*, un medio de unir todas las diversidades preservándolas; una forma, frente a la tendencia «natural» al conflicto y a la destrucción o absorción de la otra parte, de mantener la *tensión* (concepto clave del federalismo) entre ellas, acomodando y conciliando las diferencias simbióticamente, sin fusión.[59]

Duclos nos ofrece tres aspectos del federalismo. Por un lado, asegura la libertad y la autonomía de la persona al organizar hasta el máximo el reconocimiento y la igualdad de las distintas pertenencias sociales del hombre; así, el federalismo se convierte en un triunfo del personalismo, al permitir a cada persona desarrollar intensa y completamente la totalidad de sus dimensiones. Por otro lado, el federalismo no reniega del poder (como, por ejemplo, el anarquismo), sino que se convierte en una estructura original de la autoridad pública. En fin, organizando a la vez la solidaridad y sus particularidades, el federalismo (que es de vocación universal) asegura la justicia, la paz y la seguridad (al menos, potencialmente, como reconoce Duclos).[60]

Otro federalista integral, quizá el más destacado, Alexandre Marc, recuerda que «los personalistas temen todos los monismos y, en consecuencia, todas las formas de *monocracia*: Son así irreductiblemente hostiles a toda unidad que no sea plural, a toda centralización que no esté al servicio de la diversidad», frente a la consigna de «lo político primero» de los hamiltonianos, «oponen su consigna (cuyo origen remonta a los primeros años treinta): lo espiritual primero, lo socio-económico a continuación, lo político al servicio de los precedentes. O más sencillamente, *¡el hombre primero!* El hombre de la pluri-pertenencia (Denis de Rouge-

---

[57] Burgess, *The building..., Op. Cit.*, pp. 10-11.

[58] Mantzouranis, Jean, Voz: «Personnalistes (Fédéralistes des)», en: Rougemont, *Dictionnaire... Op. Cit.*, p. 244.

[59] Mantzouranis, *Op. Cit.*, pp. 144-5.

[60] Duclos, Pierre. *L'Être fédéraliste*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968; pp. 14-5.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 657



MONT), el ser libre y responsable, en resumen, la *persona*».[61] La afirmación central de *l'Ordre Nouveau* es subrayar «el carácter revolucionario de la persona humana»; de este modo, tanto para Dandieu como para Marc, «la persona es un acto y no un concepto».[62] Estos son los grandes rasgos del personalismo. Pero es preciso establecer un modelo teórico mediante el que se pueda *actuar* sobre la realidad, pues el federalismo es un realismo. Esta será la gran contribución de Alexander MARC, que, sin renunciar a la importancia de las sucesivas aportaciones al pensamiento federalista, sostiene que el salto hacia el federalismo integral parte del aprendizaje de dos grandes fuentes *empíricas*:

> en primer lugar –probablemente por la influencia de los vástagos proudhonianos–,[63] a través de las vicisitudes y conquista de los movimientos de emancipación social, principalmente anarcosindicalista; a continuación, mediante la toma en consideración de las enseñanzas de la revolución americana.
>
> Es sobre todo la gran «experiencia» americana la que ha contribuido a engendrar progresivamente el modelo del federalismo: i) en la base: autonomía; ii) en el segundo nivel: cooperación en los conflictos; iii) a continuación: exacta adecuación (antiguo principio de «subsidiariedad»); iv) en la cúspide: participación.[64]

## VI. LOS PRINCIPIOS DEL FEDERALISMO GLOBAL

En la base del federalismo se encuentra el principio de autonomía, que «es necesario para la vida de las personas y de los pueblos y lleva consigo el derecho a expresar su personalidad», consistiendo en «autogobernarse enriqueciendo con su aportación la colectividad global. La autonomía implica un sumatorio de derechos: a la autoexpresión, autodefinición, autogestión, autoorganización».[65] Guy HÉRAUD los matiza y desarrolla al señalar que estos derechos son la auto-afirmación, auto-definición, auto-organización y auto-gestión. Dejando de lado la distinción terminológica menor entre autoexpresión y autoafirmación, no resulta baladí la referente al orden entre el tercero y cuarto componentes, dado que estos cuatro derechos «son los cuatro elementos y las cuatro fases de la autodeterminación tomada en su verdadero y completo sentido. Estas fases deben desarrollarse cronológicamente en el orden que hemos indicado. Cada fase supone haber superado correctamente la fase anterior».[66]

De estos cuatro derechos, destacan especialmente dos. En primer lugar, el derecho a la autodefinición, dado que nadie tiene derecho a negar

---

[61] VALVERDE, José Luis, «Introducción al pensamiento y la acción de Alexandre Marc», en: MARC, *Op. Cit.*

[62] VOYENNE, Bernard, «Proudhon et Sorel dans *L'Ordre Nouveau* (1930-1937)», *L'Europe en formation*, nº 286, 1992, p. 30.

[63] Sobre la influencia del pensamiento de Proudhon en los inicios del pensamiento personalista, *Vid.* VOYENNE, B., «Proudhon et Sorel dans *L'Ordre Nouveau* (1930-1937)», *Op. Cit.*, pp. 29-36.

[64] MARC, *Op. Cit.*, p. 285.

[65] VALVERDE, *Op. Cit.*, p. 30.

[66] HÉRAUD, Guy, «Por una Europa de las etnias», en: *IIº Congreso mundial vasco* (celebrado en Vitoria-Gasteiz), Oñati, IVAP, 1988; pp. 91-3. La cita entrecomillada está sacada de la p. 93.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 658



la identidad de ninguna persona o grupo. Aquí se encuentra, en su misma esencia, el respeto mutuo como concepto central del federalismo. En segundo lugar, la autogestión como derecho básico de las comunidades autónomas dota a éstas de los instrumentos materiales imprescindibles para que la autonomía no se quede en el plano formal. La autogestión, concepto vinculado históricamente al plano económico y cuyo modelo ancestral es la cooperativa, nace con la sociedad industrial del siglo XIX y ya será teorizada por PROUDHON, que acuñará el término «mutualismo», pero el desarrollo más elaborado le corresponderá al esloveno Edvard KARDELJ (1910-1979).[67]

Por otro lado, debe quedar claro que «la autonomía no es soberanía, ni libertad absoluta»;[68] se trata de un concepto que incorpora la capacidad de legislarse a sí mismo en virtud de un derecho propio, y no sólo por una delegación.[69] Pero no basta con esto. La exigencia de la autonomía –que pide necesariamente la participación, sin la cual quedaría en nada–, «plantea dos problemas mayores: la *solución pacífica de los conflictos* y la unidad indispensable, dentro del respeto de la diversidad».[70] Será por tanto necesario aplicar *a la vez*, entre estos dos límites infranqueables, otro principio (proveniente ahora del rico pensamiento anarquista): la *cooperación en los conflictos* que inevitablemente surgirán dentro del empleo de esa autonomía. Mediante este principio, el federalismo integral hace de la cooperación contractual y de la libre asociación de grupos autónomos un principio general en los campos político, económico y social», y «tiende hacia una igualdad de derechos de los grupos miembros y hacia el equilibrio de sus intereses».[71]

> Para el federalismo, no lo ignoramos, la autonomía constituye la categoría fundamental: autonomía de las colectividades, sin ninguna duda, y, además y sobre todo, de la persona, pero no del individuo, y mucho menos de lo «único»; autonomía en la base: taller y municipio, y lo mismo en todos los niveles: empresas, asociaciones, sindicatos, regiones, comunidades, pero no a escala de los cárteles, de los trusts y de los monopolios, de ese monopolio de monopolios que es el Estado. Hasta aquí, el anarquismo parece tener que volverse a encontrar y reconocerse en la síntesis federalista (...)
>
> Es mediante el recurso de cooperación en los conflictos como el anarquismo se esfuerza por exorcizar el espectro, de extracción liberal, del atomismo individualista, e incluso colectivo.[72]

La articulación de todos estos sujetos y niveles plantea el problema de la organización. El federalismo critica tanto el individualismo atomístico liberal y su interpretación del Estado como un «individuo en grande», como el ex-

---

[67] HERÉDI, István, Voz: «Autogestion», en: ROUGEMONT, *Dictionnaire... Op. Cit.*, p. 20.

[68] KINSKY, Ferdinand, Voz: «Fédéralisme et personnalisme», en: ROUGEMONT, *Dictionnaire... Op. Cit.*, p. 83.

[69] SOLA, Juan, Voz: «Autonomie», en: ROUGEMONT, *Dictionnaire... Op. Cit.*, p. 23.

[70] KINSKY, Ferdinand, «L'Union européenne est-elle fédéraliste?», *L'Europe en Formation*, nº 311, 1998-99; p. 39, traducción y subrayado nuestro.

[71] VALVERDE, *Op. Cit.*, p. 32.

[72] MARC, *Op. Cit.*, p. 139.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 659



cesivo apego del anarquismo a los niveles más cercanos a la base que le impide integrar en su esquema los necesarios niveles superiores, cuyo poder ve como fuente de desigualdades. Aquí se propone una concepción alternativa del poder: frente a la negación anarquista del poder, respecto a la relación poder-libertad, el federalismo afirma *ambos* polos:

> El federalismo sabe que el poder es una tentación y una amenaza, que no se detiene hasta que se le encauza y organiza. Se le organiza descomponiéndolo, cada vez más, en poderes en plural, articulados en todos los niveles y en todas las dimensiones. Se le encauza oponiéndole cada vez más autonomías, allí donde es posible, o pueda serlo después. Pero como *toda autonomía segrega un poder* que la encarna, la defiende y la promueve, volvemos al conocido aforismo: sólo el poder detiene al poder. En otros términos: para resistir a los poderes, la misma libertad debe poder disponer de ellos. (...)
>
> ... el federalismo hace de la libertad el principio mismo de toda organización; pero quien dice organización dice poder, tanto en singular como en plural. En plural, particularmente, porque ha sido posible intentar definir el federalismo como la doctrina, principalmente prospectiva, de la organización poliárquica.[73]

La necesidad de organizar esta miríada de poderes de niveles distintos, no superiores o inferiores más que en la escala geográfica o funcional, nos conduce al tercer principio, el de *exacta adecuación* (también denominado subsidiariedad). Si el Estado-nación, incluso el que se articula federalmente (en el sentido hamiltoniano), parte de la atribución de competencias hacia la realidad, el federalismo integral, en cuanto auténtico *realismo*, propone que «el poder debe situarse allí donde los problemas se plantean» y que «la distribución de poderes y competencias se hace a través de diferentes niveles en forma de *espiral*, de tal manera que no existe solución de continuidad. Un nivel superior sólo interviene, de forma subsidiaria, en caso de que el problema supere el nivel de capacidad del nivel inferior».[74]

Por fin, el cuarto principio es el de *participación*. Ya se ha dicho que el federalismo parte del hombre de la pluripertenencia y del pluralismo social: «el hombre no es sólo un ciudadano, un votante, es también miembro de una familia, de un sindicato, de una organización profesional, cultural, deportiva o religiosa. (...) No se le puede reducir a una sola dimensión»; por ello, estos diferentes grupos y organizaciones deben constituirse democráticamente, de forma federal, posibilitando la participación al nivel donde se toman efectivamente las decisiones que le afectan, para acercarnos al modelo que propugna el federalismo. Siguiendo esta lógica, dos órganos centrales del pensamiento federalista serán el Comité Económico y Social o el Comité de Regiones y Municipios. Así, frente a un Estado democrático donde sólo votan los ciudadanos, «el federalismo representa, en este sentido, una ampliación de la democracia».[75]

---

[73] MARC, *Op. Cit.*, p. 140-1.

[74] VALVERDE, *Op. Cit.*, p. 32.

[75] Todas las ideas de este párrafo están extraidas de: VALVERDE, *Op. Cit.*, pp. 33-4.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 660



Tras este rápido repaso de las ideas-fuerza del federalismo integral, es preciso decir algo del principal damnificado: el Estado. Y no sólo por ser uno de los principales actores de la vida política y social, sino porque, de manera explícita, «los federalistas integrales tratan de transformar primero, y superar después, el Estado-nación».[76]

Sirvan, pues, como anticipo dos ideas al respecto. Una, que lo que se propone es transformarlo en el sentido de desmitificarlo primero y domarlo después (reduciéndolo a un simple aparato jurídico y administrativo). Así, justo en las antípodas de los revolucionarios franceses que pedían su poder *irresistible*, siquiera por un tiempo, para transformar la sociedad,[77] los federalistas sueñan con limitarlo al máximo. Y, dos, ese poder ya transformado debe ser diluido en una espiral de *poderes* que van de la persona concreta hasta la Federación (potencial e idealmente mundial).

## VII. LA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL PROBLEMA NACIONAL (HOMENAJE A GUY HÉRAUD)

Volviendo a nuestro punto central de interés, la resolución de los conflictos, los federalistas dirán que en el mundo del Estado-nación, monista y centralizador del poder, «los grupos y los individuos son manipulados como objetos anónimos, sin iniciativa ni participación: en el mejor de los casos, son tratados de una manera igualitaria,[78] pero como no son ni idénticos ni iguales, la misma decisión no tiene los mismos efectos en cada uno. (...) En este contexto, no puede sorprender que devenga violenta la reacción de los grupos sociales desfavorecidos o discriminados».[79] El federalismo no justifica las explosiones de violencia, como no invoca la fuerza para efectuar su *revolución necesaria*. Al reconocer que, en una situación planteada siempre en términos excluyentes, en ocasiones la parte débil (y no sólo la débil, se podría añadir) usan la fuerza y la violencia, se limita a describir un estado de cosas.

Pero no se queda en la descripción, plantea una alternativa. Oponiendo al término de individuo el de persona, al de colectividad el de comunidad pluralista, «el personalismo mantiene los conflictos en una síntesis que no es la de HEGEL ni la de MARX porque no suprime las oposiciones, sino que las acumula y las integra en una dialéctica abierta. La institucionalización de

---

[76] CASTRO, José Luis de. *La emergente participación política de las regiones en el proceso de construcción de la Unión Europea*. Leioa, Tesis Doctoral defendida en la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, 1992; p. 151.

[77] Hasta los fisiócratas, sin duda quienes poseían el cuerpo doctrinal más compacto y consistente en los momentos previos a la Revolución Francesa, consideraban indispensable el «Estado irresistible», al menos por un tiempo (ACTON, J. E. E. Dalberg– (Lord). *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959; p. 457).

[78] Respecto a las consecuencias de este *igualitarismo* meramente formal, Alexandre Marc dirá que «ceder a la tentación de imponer *la misma* justicia a situaciones opuestas corre el peligro de engendrar las peores injusticias. *Summa jus, summa injuria*...» (MARC, *Op. Cit.*, p. 125).

[79] KINSKY, «Fédéralisme et personnalisme», *Op. Cit.*, p. 19.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 661



esta forma de gestión (démarche) culmina en el federalismo donde el objetivo principal es el equilibrio entre la unidad y la diversidad».[80]

Esta forma de entender la sociedad y el poder hace que en una sociedad federalista de este tipo «no existan los conflictos entre nacionalidades»[81] tal y como los conocemos. No es que desaparezcan automáticamente, sino que, al diagnosticarlos correctamente (frente al principio de soberanía, principio básico de autonomía y respeto de todos los sujetos autónomos), e insertarlos en el orden federalista global, se pueden resolver de manera satisfactoria y justa. La desaparición de la noción de soberanía por la de autonomía descarta las opciones extremas del todo o nada, del blanco o negro, y en el mundo de los grises siempre se puede encontrar un punto de equilibrio (que se puede mantener porque es revisable, dinámico, adaptado constantemente a la sociedad). Hemos dicho que el federalismo provee el método capaz de alcanzar constantemente el equilibrio dinámico que se va adaptando a las necesidades de la(s) sociedad(es); por ello, el federalismo no es una receta mágica que solucione tales conflictos, sino el método, abierto y maleable y por ello eficaz, capaz de solucionar cualquier conflicto al situarlo en sus justos términos y con los instrumentos apropiados. Una de las herramientas principales es el derecho de participación en la resolución de los conflictos que le atañen a cada persona o grupo,[82] lo que es una exigencia no sólo del principio de autonomía, sino también del de participación. El autor federalista que desarrolló ampliamente esta dimensión del federalismo es Guy HÉRAUD, cuyas tesis veremos con mayor detalle a continuación.

Este autor considera que la organización política de Europa debe basarse en lo étnico (igualándolo a lo lingüístico-cultural), más cercano a las relaciones humanas que la economía, y trata sistemáticamente esta cuestión construyendo una *etnopolítica* sustentada en el respeto a la lengua y cultura de todos los grupos, el derecho a la libre determinación de todos los pueblos, e incorporando el factor étnico como una parte esencial del verdadero federalismo.[83]

En su influyente *L'Europe des Ethnies* (1963), mantiene que una solución adecuada del problema étnico implica abolir las causas del mismo. La fundamental radica en la cohabitación de diversas etnias en el seno de una misma entidad política. No sostiene que esta cohabitación sea imposible, sino que no puede imponerse.[84] Por ello, partiendo de la realidad

---

[80] KINSKY, «Fédéralisme et personnalisme», *Op. Cit.*, p. 28.

[81] Así de contundente lo manifestó Denis de Rougemont; aún más, el federalismo no sólo no conoce los problemas de minorías nacionales, sino que su propia esencia descansa en el «amor a la complejidad» (SIDJANSKI, Dusan, Voz: «Fédéralisme (et neofédéralisme)», en: ROUGEMONT, *Dictionnaire... Op. Cit.*, p. 73. *Vid.* también: SIDJANSKI, Dusan. *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad Europea a la Unión Europea*. Barcelona, Ariel, 1998; p. 220).

[82] KINSKY, Ferdinand, «Fédéralisme et personnalisme», *Op. Cit.*, p. 83.

[83] CASTRO, *Op. Cit.*, pp. 146-7.

[84] «La puesta en escena del modelo de federación de etnias y las regiones supone naturalmente, que los pueblos quieran este modelo» (HÉRAUD, Guy, en: «Por una Europa de las etnias», en: *II° Congreso mundial vasco* (celebrado en Vitoria-Gasteiz), Oñati, IVAP, 1988; p. 93).

11639-668-Estado autonomico65 15/10/05 11:37 Página 662



actual, surge la necesidad de reconocer «el derecho a la secesión de toda etnia y de todo fragmento de etnia».[85] Sólo así podrá acomodarse la organización política a las voluntades de los pueblos, y sólo así, gobernándose a sí mismos, se producirá la verdadera democracia.[86] Aquí radica una de las aportaciones de Héraud, cuando mantiene que la autodeterminación es la cara externa de la democracia, y que a su vez condiciona «el gobierno del pueblo para el pueblo» del interior.[87]

Tras desarrollar esta noción, condicionando el ejercicio de este derecho a una serie de garantías que avalen su carácter democrático (institución del derecho de petición, delimitación de los territorios consultados, jerarquización de las preguntas...), propone un modelo basado en la federación europea de estas unidades políticas resultantes. Luego justifica la importancia concedida a la dimensión étnica en el florecimiento y recuperación de unas identidades nacionales, que entiende como un fenómeno pendular o compensatorio a la acción uniformizadora de la técnica y de la burocracia.[88]

---

[85] HÉRAUD, Guy. *L'Europe des Ethnies*. Nice, Presses d'Europe, 1974 (1963) (2ª ed.); p. 267. Héraud afirma en otro lugar que este «*derecho a la secesión*, como se entiende normalmente la autodeterminación», ya «está contenido» en el sumatorio de derechos que citábamos en otro epígrafe al exponer el principio federalista de autonomía: «no obstante es preciso saber descubrirlo. Figura precisamente en la conformación de la «auto-organización», el derecho a auto-organizarse supone en efecto, antes de concretizarse en la elaboración de un estatuto determinado, la elección de la *categoría* de estatuto deseado: estado regional o simple subdivisión de este Estado (provincia, distrito, municipio).» HÉRAUD termina diciendo que «la teoría de la autodeterminación que hemos presentado es aquella que resulta derivada de los principios del federalismo; supone pues la abolición de las soberanías; pero en tanto dure el reino de las soberanías, la autodeterminación deberá ser considerada antes que nada como derecho a la secesión.» (HÉRAUD, Guy, en: «Por una Europa de las etnias», en: *IIº Congreso mundial vasco*, *Op. Cit.*, p. 93).
A pesar de la solidez de los argumentos esgrimidos por Héraud, en absoluta coherencia con los planteamientos federalistas (como atestigua el prefacio de Marc a *L'Europe des ethnies*), habrá autores «federalistas» que nieguen tanto el derecho de autodeterminación como el subsiguiente derecho de secesión. Una muestra de esta contradicción, mayoritaria entre los «federalistas moderados» lo proporciona Fabrizio Frigerio, que limita la defensa de este derecho a los «federalistas radicales» (FRIGERIO, F., Voz: «Sécession (droit de)», en: ROUGEMONT, *Dictionnaire... Op. Cit.,* p. 139-41). Este no es sino un pequeño botón de muestra de la tarea gigantesca que se ha autoimpuesto el federalismo personalista al pretender superar el actual sistema estatonacional, con todos sus tics psicológicos, que afectan incluso a gran parte de los propios federalistas.

[86] «El emplazamiento de la federación de etnias y regiones y las transformaciones ulteriores deberían obedecer al gran principio democrático de la autodeterminación. Las «democracias» actuales no son verdaderas porque rechazan dar a este principio toda su amplitud, en particular en lo que concierne a la fijación de fronteras de los Estados.» Y, tras recordar que este principio está recogido por el derecho internacional positivo (como el artículo 1 del Pacto de Derechos del Hombre de 1966 o el Acta final de la Conferencia de Helsinki), vincula, no obstante, su ejercicio a métodos no violentos. En este sentido, del mismo modo que reconoce la conexión entre terrorismo y violación estatal del legítimo derecho de autodeterminación, rechaza frontalmente esta vía, valorando positivamente el enfoque de la citada Acta final de Helsinki que «presenta las fronteras «inviolables» para el uso de la fuerza, pero consagra *al mismo tiempo* el principio de autodeterminación de los pueblos, recordando a los Estados signatarios (capítulo 1) que deben cumplir «sus obligaciones tal como están anunciadas (en) los pactos internacionales relativos a los derechos humanos...» (HÉRAUD, Guy, en: «Por una Europa de las etnias», en: *IIº Congreso mundial vasco*, *Op. Cit.*, p. 90 y nota 3 en p. 95. Subrayado nuestro).

[87] HÉRAUD, L'Europe des Ethnies, *Op. Cit.,* p. 271.

[88] *Ibid.*, p. 281.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 663



Guy HÉRAUD no cambiará estas convicciones, desarrolladas abundantemente,[89] hasta su muerte. Al final de su producción insistirá en que, respecto a la problemática cuestión de las minorías nacionales, «sin renunciar a los posibles progresos dentro del orden actual de las cosas, la verdadera solución consiste así en construir, en Europa y en el mundo, la *sociedad federalista*».[90] Y, siempre dentro de los cauces pacíficos, vincula el federalismo, y su reconocimiento de la autodeterminación, con la resolución de los conflictos etnonacionales: «Si las democracias europeas respetaran el principio democrático supremo: la autodeterminación (...) no se asistiría a situaciones como la del País Vasco o Tirol del sur...»[91]

## VIII. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NACIÓN VASCA Y SU AUTODETERMINACIÓN

Ser o no ser. Efectivamente, he ahí la pregunta. ¿La nación vasca es una nación o no lo es? Si encontrásemos que efectivamente existe una nación vasca, en un mundo en que el poder político se legitima en gran medida, junto a la noción de democracia, en la de nación, no hay argumento capaz de cuestionar su derecho a decidir cómo quieren construir el edificio político en el que quieran vivir. Sin repasar la interminable lista de argumentos posibles al respecto, pues ello ya ha sido hecho en demasiadas ocasiones, dirigiremos directamente nuestra atención a las conclusiones del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que, en su sólido trabajo teórico sobre la entonces llamada «cuestión regional», publicado en septiembre de 1976, concluía citando a su vez la conclusión de una comisión similar creada en el Reino Unido, cuyo informe final se conoce por el nombre de su presidente KILBRANDON:

> Es posible argumentar inacabablemente sobre el sentido de la palabra nación y sobre si un particular grupo o pueblo tiene o no una identidad nacional separada. Los factores que han de tomarse en cuenta son a la vez geográficos, históricos, de raza, lengua, cultura. Pero todos ellos, tanto singularmente como en combinación plural, no proporcionan una respuesta concluyente. Algunos de nuestros informadores han considerado que los mejores jueces son los pueblos mismos; y que si un colectivo popular piensa de sí mismo como una nación separada, en ese caso nada más es necesario para demostrar la existencia de tal nación. Esta pretensión tiene claramente mayor validez si se asegura un cierto reconocimiento por los demás.

---

[89] La amplísima bibliografía al respecto se extiende a lo largo de varias décadas. *Vid.* por ejemplo: HÉRAUD, Guy, «Le fédéralisme ethnique comme système de prévention des conflits nationalitaires», les Cahiers du fédéralisme, 3, supplément au nº 212 de *Europe en Formation*, déc. 1977, pp. 17-29; «Democracia y autodeterminación», en: *Autodeterminación de los pueblos, un reto para Euskadi y Europa*, Tomo I, pp. 53-77, Herria 2000 Eliza, Actas del Congreso sobre los derechos colectivos de las naciones minoritarias de Europa, marzo 1985; «Principios para el enfoque de la cuestión étnica en Europa», en: *Ibid.*, Tomo II, pp. 15-30; «Por una Europa de las etnias», en: *IIº Congreso mundial vasco* (celebrado en Vitoria-Gasteiz), Oñati, IVAP, 1988; pp. 81-96. Y especificamente sobre el conflicto vasco: «Pâques et Euzkadi», *Europe en Formation*, nº 51, juin 1964; y «Euzkadi dans l'Europe unie», *Enbata*, Bayonne, nº 57, janvier 1966.

[90] HÉRAUD, Guy, Voz: «Minorités», en: ROUGEMONT, *Dictionnaire... Op. Cit.*, p. 115.

[91] HÉRAUD, Guy, en: «Por una Europa de las etnias», en: *IIº Congreso mundial vasco, Op. Cit.*, p. 90.

11639-668-Estado autonomico65 15/10/05 11:37 Página 664



Añade García de Enterría que «este simple criterio, con el que el informe concluye luego comprobando la existencia de un *national feeling* en Escocia y Gales, no es muy distinto del que postularon los clásicos del tema entre nosotros (...), y nos parece, en efecto, el único razonable».[92]

Estas dos autorizadas respuestas, pues ambos sumaron a la solidez teórica la responsabilidad por las implicaciones políticas de sus trabajos, coinciden –en el punto clave– plenamente con las tesis sostenidas desde varias décadas atrás por el federalismo global, sobre todo en la sofisticada versión construida por el profesor Héraud.

Ya podemos volver a formular la pregunta, ahora reconstruida al poseer un criterio claro al que acudir para dilucidarla: ¿forman los ciudadanos vascos una nación, esto es, los vascos creen que forman una nación? La respuesta aparece ahora con claridad: sí. Durante el tiempo en que han podido votar democráticamente, una importante cantidad de personas, y una recurrente mayoría en la Comunidad Autónoma Vasca, ha expresado sistemáticamente esta opinión.[93] A este dato debe sumarse otro, que una mayoría mucho más amplia, sin apoyar al nacionalismo (vasco), consideran que Euskadi constituye una comunidad política con personalidad propia y capacidad para decidir sus asuntos por sí sola, sin obviar el concierto de estas decisiones con el resto del Estado.

Así pues, hay que afirmar con claridad que existe una nación vasca porque una mayoría de personas así lo han expresado de forma repetida e inequívoca en una Comunidad Autónoma. Y en una democracia esto debería bastar. Sin embargo, esta constatación no soluciona el problema, por la complejidad tanto de las propias sociedades vasca y española, como del contexto de integración europea en el que viven. Por ello, la siguiente pregunta vuelve a ser la misma, ser o no ser, esta vez respecto a la democracia. La pregunta ahora va dirigida en todas direcciones, pues plantea la calidad democrática de todos los actores e instituciones, que deben aceptar la complejidad de las sociedades afectadas. Las opciones clásicas –que no podemos olvidar que han sido incapaces de resolver el problema–, plantean dos opciones igualmente insuficientes. El simple mantenimiento del *status quo*, esto es, seguir sin que la Constitución y la sociedad española reconozcan que existe una nación vasca, no puede mantenerse por más tiempo. No se puede ir eternamente contra una mayoría (al menos no si uno se considera un demócrata). Del mismo modo, la separación y subsiguiente construcción de un Estado vasco dejaría una importante minoría española en su interior, con la consiguiente y traumática fractura social. Pero aquí es preciso hilar fino, pues en su

---

[92] García de Enterría, Eduardo. *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, Editorial Civitas, 1985; p. 58.

[93] Entre las distintas elecciones destacan en los últimos años especialmente las autonómicas que siguieron al Pacto de Lizarra-Garazi, que fueron presentadas en clave «constituyente» por las fuerzas políticas que se oponían a las tesis nacionalistas vascas (Partido Popular y Partido Socialista), reto que fue aceptado por estas fuerzas, y en las que el nacionalismo vasco logró vencer.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 665



esencia la democracia obliga a acudir, cuando no hay concertación posible, a la regla de la mayoría. Y esta es la base del problema: que es inatacable la mayoría nacionalista vasca en unos lugares tanto como lo es su minoría en otros (por ejemplo, en Navarra, en Álava –debido al peso demográfico de su capital–, por no hablar ya del País Vasco francés), y ello nos conduce a una espiral de fracturas territoriales y sociales que probablemente convertirían el conflicto político actual en algo todavía más inmanejable.

Estas fórmulas no pueden resolver el problema, porque lo plantean mal. Aquí el federalismo global resulta mucho más sofisticado y prometedor. Parte del democrático y radical respeto de todas las identidades y comunidades que se consideren tales, pero luego establece principios y mecanismos para acomodarlas en un edificio político construido entre todas ellas, de forma que pueda generarse la lealtad política necesaria para que la federación tenga éxito. Pero cuidado, no se trata de federar el Estado autonómico sin más (el viejo federalismo hamiltoniano). Se trata de que así lo deseen las diversas comunidades que la integren. El consentimiento es básico, como se expuso antes, pues ¿cómo exigirle la lealtad federal a quien no ha sido reconocido como sujeto, ni se le ha involucrado en el diseño del proyecto común o no lo ha ratificado?

Es preciso trascender de una buena vez el concepto tradicional y tan peligroso de la soberanía estatal, y ello vale tanto para quienes ya gestionan un Estado como para quienes aspiran a hacerlo. Los Estados europeos tuvieron que aceptar que la soberanía había sido la principal causa de las guerras civiles europeas entre 1914 y 1945, y sólo entonces, cuando asumieron esta tesis del federalismo global (dato que no debería olvidarse), fueron capaces de construir la emergente Unión Europea. Sin embargo, estos Estados se resisten a aceptar esta tesis dentro de su territorio, con sus ciudadanos.

HERRERO DE MIÑÓN metió el dedo en una llaga profunda cuando preguntaba en un artículo de prensa: ¿cómo es posible que se acepte, apenas sin debate, compartir soberanía con gentes y países con los que apenas nos unen lazos históricos –pensemos en Dinamarca, Suecia o Bulgaria– y negarse de plano, rechazando incluso la mera discusión, a compartir esa soberanía con naciones con las que llevamos conviviendo varios siglos? Esta pregunta aún no ha sido respondida por la doctrina española.

Y una vez dicho esto, la pregunta vuelve a ser de nuevo la misma, ¿ser o no ser?, es decir, ¿se es capaz de ser demócrata antes que nacionalista español o no? (y la pregunta también debe ser formulada cambiando el adjetivo «español» por «vasco») He ahí la cuestión, porque, como remató en su magnífica intervención el profesor SÁNCHEZ AGESTA, podemos simular que lo olvidamos, pero la autodeterminación es la piedra angular de la democracia. Esto no es, evidentemente, más que un aspecto de partida, pues, como es bien conocido, la dificultad del principio político de la au-

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 666



todeterminación no radica en su aceptación abstracta, sino en lograr consensuar mínimamente su concreción práctica. Un único y breve apunte servirá para ilustrar este punto: aceptada la evidencia de que existe algo llamado nación vasca que desea autodeterminarse, el siguiente paso es definir con precisión sus límites y un procedimiento (el ejemplo del Tribunal Constitucional canadiense puede ser una referencia insoslayable, aunque conviene usar dicho ejemplo con prudencia, ya que cada conflicto nacional es único y presenta características particulares), todavía quedan por resolver algunos asuntos importantes. Entre ellos podría destacarse, sin duda, el de la garantía de los derechos de las minorías (sean cuales fuesen éstas, en función del resultado final del proceso). No obstante, volviendo al caso vasco, la secesión, esa gran amenaza que todo lo oscurece con su presencia, no parece en la actualidad que sea la opción mayoritaria entre los vascos y vascas. A la luz de este dato relevante, apuntaremos unas reflexiones finales.

En primer lugar, aunque la independencia fuese en su momento la opción mayoritaria, tampoco debería dramatizarse, y ello por un doble motivo: por un lado, porque la integridad territorial como axioma o límite previo es un a priori extrajurídico, por muy defendible que pueda ser; por otro lado, porque en el caso de que una mayoría de la nación vasca desease construir su propio Estado, siempre que dicha decisión fuese tomada libremente, sin coacciones y con las debidas garantías, no dejaría de ser una decisión absolutamente democrática, discutible (como todas, desde la opción del modelo económico hasta las prioridades del gasto social), pero absolutamente legítima. No habría que olvidar que cuando un colectivo humano, que ha deseado compartir su autogobierno con los otros pueblos de Europa desde el inicio de las tendencias federalistas europeas de principios del siglo XX, no desea compartir el mismo Estado con otros pueblos con los que ha convivido durante siglos, nos indica, antes que nada, el estrepitoso fracaso de un proyecto colectivo. Por ello, sería hora de que la clase política española, y la correspondiente *inteligentsia*, realicen también una severa autocrítica.[94]

Respecto a la propia doctrina, si usamos el Derecho ante todo como un mecanismo para construir la nación española, no nos quejemos cuando asistamos ante el mismo espectáculo sirviendo a cualquiera de las naciones que comparten el Estado. Y si la reforma constitucional que parece avecinarse se queda en simple ingeniería constitucional (que no puede olvidarse que «es en gran parte una labor extrajurídica»[95]), alejándose de los principios

[94] A título de simple ejemplo, cuando el mandato de un presidente del gobierno español tiene como resultado que la voluntad de independencia en una Comunidad Autónoma pase de un notable 16-18% a un extraordinario 23-27% (dependiendo de las distintas encuestas), convirtiéndolo en un verdadero problema de Estado y causando más independentistas que los que logró Sabino Arana a lo largo de toda su vida, algo se ha hecho mal también desde las altas instancias del Estado.

[95] SARTORI, Giovanni, «La ingeniería constitucional y sus límites», *Teoría y Realidad constitucional*, nº 3, 1er semestre 1999; p. 80.

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 667



democráticos más elementales, que a nadie le sorprenda luego que desde amplios sectores sociales se cuestione la legitimidad del resultado.

En segundo lugar, y en cualquier caso constatando lo improbable de que la opción elegida por el pueblo vasco sea la secesión, sería mucho más constructivo ir pensando qué modelos de convivencia podrían ser asumibles por el resto de pueblos y ciudadanos del Estado, y sus articulaciones técnicas concretas. Aquí el Derecho Constitucional tiene una labor inmensa por realizar y un campo fascinante para la innovación. Sin perjuicio de que finalmente serán, evidentemente, los representantes políticos y la propia ciudadanía en las urnas quienes validarán el modelo resultante del proceso político.

En tercer lugar, el nacionalismo vasco ha dado importantes pasos en su reconceptualización teórica y estrategia política, lo que rara vez ha sido comprendido y menos aún valorado por los grandes partidos españoles. El principal partido vasco, el PNV, auténtico eje pivotal de la política autonómica de la CAV y referencia inexcusable del nacionalismo vasco en su conjunto, hace ya mucho que comprendió (al menos entre sus dirigentes) la necesidad histórica del proceso de integración europea, antes incluso de la creación de sus instituciones. Ello supuso importantes modificaciones ideológicas y estratégicas. Tras una interesante serie de preludios,[96] será el Lehendakari en el exilio quien en 1949 exponga una elaborada propuesta que se conocerá con su nombre: la «doctrina Aguirre». En ella la federación de pueblos europeos aparece ya claramente marcada como el gran eje de la acción política del nacionalismo vasco.[97]

Esta línea ideológica presenta una continuidad más sólida de lo que algunos estudios han mostrado. En 1994, el presidente del PNV manifestaba que su partido renunciaba a «crear un Estado vasco, porque entendemos que son los Estados los que tienen que desaparecer. Pero no renunciamos a nuestra identidad y no renunciamos a estar en el nivel de poder propio en el que pueda estar cualquier otro pueblo».[98]

Desde este punto de vista, la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, recientemente aprobada por el Parlamento Vasco, será todo lo discutible que se quiera, pero no deja de ser una propuesta concreta para la autodeterminación del pueblo vasco sin salirse del Estado español. No debería olvidarse esto en su valoración y posterior debate político, pues si se hace imposible el acomodo de la voluntad nacional y de autogobierno de los vascos *dentro* del Derecho y del Estado, tal vez se haga inevitable su articulación *fuera* del Derecho y del Estado.[99]

---

[96] UGALDE ZUBIRI, Alexander, «Nacionalismo vasco y europeísmo», *Muga*, nº 28, junio 1994.

[97] ARZALLUZ, Xabier, *La idea de Europa en la política del PNV* (conferencia celebrada el 29 de mayo de 1990). Bilbao, Universidad de Deusto, 1990; pp. 18-9.

[98] ARZALLUZ, Xabier, «Renunciamos al Estado vasco pero no al poder propio», entrevista realizada en *Eurokon*, nº 8, junio/septiembre de 1996; p. 1.

[99] Entiéndase que no se trata de realizar aquí una apología de la violencia, sino de mostrar que éste es un sólido argumento tanto para justificar la oportunidad de emplear dichos medios, como para

11639-668-Estado autonómico65 15/10/05 11:37 Página 668



Desde las premisas expuestas, ¿cómo podemos alcanzar acuerdos de convivencia y respeto mutuo que renueven unos lazos históricos indudables? Esta es una pregunta difícil, pero muy precisa. Sólo puede decirse que si no partimos del respeto a los colectivos que se autodefinen como tales, será imposible lograr un acuerdo satisfactorio.

Para concluir, un comienzo. El reto mayúsculo de la complejidad y diversidad nacional y, en general, social, no afecta únicamente al constitucionalismo español. Las regiones y naciones sin Estado deben encontrar un lugar institucional en el que sus ciudadanos se sientan cómodos, éste es uno de los principales desafíos a los que se enfrenta la construcción europea.[100] Y aquí, en este problema que tan bien conocemos, surge la oportunidad histórica de insertarnos en un debate plenamente contemporáneo. Y de incluso –¿por qué no?–, poder contribuir, con el ejemplo de nuestro éxito, a construir una verdadera democracia europea que, en sintonía con su lema de *unida en la diversidad*, logre la convivencia armónica de su enriquecedora pluralidad nacional.

acudir a fórmulas de desobediencia civil (Sobre la potencia de este instrumento, recuérdese el caso de la India que, pese a que suele reducirse al pacifismo, fue, ante todo, un exitoso proceso de autodeterminación).

[100] Hay que señalar que, para resolver estas complejas cuestiones, no ayudan precisamente intentos como los del anterior presidente español, José María Aznar, con su política de negarse a discutir siquiera estos asuntos centrales en la elaboración del Tratado.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 669

# LA DIVERSIDAD EN EL ESTADO AUTONÓMICO: UN ANÁLISIS TEÓRICO DE LOS HECHOS DIFERENCIALES

**Raquel Pineda Martínez**
*Investigadora del Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública (GOBERNA)*
*Instituto Nacional de Administración Pública*

## I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza del Estado Autonómico ha sido un constante objeto de debate político y teórico desde los primeros años de la puesta en marcha de nuestro modelo de distribución territorial del poder. Gran parte de este debate ha girado en torno a si nuestro modelo podía ser considerado como un modelo cercano al modelo federal, o más bien tenía rasgos del modelo regional, o por el contrario, constituía un modelo propio.

El modelo autonómico, aun con rasgos tanto de los Estados federales como con algunos rasgos de los Estados regionales, puede en realidad ser entendido como un modelo *sui generis*. La propia dinámica de creación del federalismo *top to down*, es decir, de arriba hacia abajo, como ha ocurrido en el caso español (frente a la dinámica del federalismo *down to top,* característica en la formación del federalismo alemán y estadounidense[1]), ha propiciado ciertos rasgos particulares de nuestro modelo que lo distingue de los modelos federales en un plano estrictamente teórico, entre otras diferencias existentes.

Los modelos federales clásicos como son el caso alemán y estadounidense, se han constituido sobre la base de la homogeneidad. La uniformidad competencial, institucional, procedimental, de relaciones intergubernamentales, etc., es la norma en estos sistemas. Sin embargo, un federalismo (entendiendo por esto, un sistema políticamente descentralizado) surgido de arriba hacia abajo, es decir, normalmente un estado regional o unitario que lleva a cabo una ambiciosa descentralización territorial del poder, puede propiciar ciertas desuniformidades, como ha ocurrido en el caso español.

Estas desuniformidades se explican, en gran parte, por el propio proceso de creación del Estado Autonómico, en concreto por los dos ritmos de descentralización política (Comunidades del art. 143 y Comunidades del art.

[1] Por creación de federalismo debemos entender en este caso la aparición de características institucionales propias de los sistemas federales (distribución dual del poder; ejercicio autónomo de las competencias atribuidas...), sin importar si formalmente un estado se define o no como estado federal. Los términos de federalismo *top to down* y federalismo *down to top* son clásicos en el estudio de la formación de los sistemas federales. Veáse LINZ, J.J. (1997), *Democracy, Multinationalism and Federalism,* Working Paper 1997/103, Madrid: Instituto Juan March.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 670



151CE). La disparidad competencial derivada de estos dos procesos de acceso a la autonomía política puede ser considerada como el primer factor para la introducción de cierta asimetría en nuestro modelo territorial, que no suele ser normal en los clásicos modelos de federalismo. El principio dispositivo, sobre el que se ha fundamentado nuestro modelo, impone la configuración de la autonomía como un derecho, y no como un deber, para las Comunidades Autónomas. En virtud de este principio, a cada Comunidad se le han transferido aquellas competencias que ha querido asumir, lo que supuso el impulso de las relaciones bilaterales en la negociación de los traspasos competenciales. La bilateralidad no suele ser, tampoco, la lógica normal de los sistemas federales los cuales, muy al contrario, normalmente reflejan relaciones multilaterales debido a la homogeneidad del sistema.

Una segunda desuniformidad propia de nuestro modelo territorial han sido los llamados hechos diferenciales, particularidades que en el momento constituyente se introdujeron, fundamentalmente, con la finalidad de integrar sensibilidades nacionalistas.

El concepto de asimetría o desuniformidad ha estado, por tanto, muy presente en el propio desarrollo del Estado Autonómico por todos estos motivos, así como por el hecho de que en algunas Comunidades la competición electoral de los partidos políticos se proyecta sobre dos ejes (socioeconómico y nacionalista). Además, el papel clave de algunos partidos nacionalistas en el Congreso de los Diputados en ciertas legislaturas (en concreto, en las legislaturas V, de 6 de junio 1993 a 2 de marzo 1996; y VI de 3 de marzo de 1996 a 11 de marzo 2000) para apoyar la investidura de los entonces Presidentes de Gobierno, potenció aún más la bilateralidad en las relaciones intergubernamentales.

Por todas estas razones, se ha atribuido a la naturaleza del propio Estado Autonómico un carácter asimétrico, que para parte de la doctrina distingue a nuestro modelo de los modelos federales y lo configura como un modelo propio. No obstante, nuestro modelo territorial de distribución del poder tiene muchas características de los modelos federales, y cabe imaginar que, una vez las CCAA tienen similares niveles competenciales, se logre el impulso de relaciones multilaterales para aproximar el Estado Autonómico a un estado federal. Aún así, existen rasgos específicos de nuestro modelo, algunos de los cuales son los hechos diferenciales, que pueden infundir un modelo *sui generis* en el federalismo clásico.

No obstante, algunos de los debates que han surgido sobre el Estado Autonómico, en realidad, se cernían sobre una cuestión de fondo, central en cualquier sistema descentralizado políticamente, que es cómo lograr la combinación óptima entre los principios de igualdad y de diversidad, es decir, cómo asegurar el funcionamiento de un poder central fuerte para establecer las condiciones básicas de la igualdad entre los ciudadanos, a la vez que permitir la autonomía política de entes subestatales que reflejan la agregación territorial de preferencias.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 671



El principio de igualdad está, sin duda, encajado en la filosofía del liberalismo político desde la Revolución Francesa, y parte de una defensa del individualismo universal que se consagró en las primeras democracias del siglo XIX. Junto a la proclamación de la libertad, el liberalismo político afirma la igualdad de todos los hombres en cuanto a derechos y obligaciones, todos son ciudadanos con igual peso político e idéntico estatus jurídico, y por tanto todos forman la nación y en ellos reside la soberanía al formar parte de la comunidad política. A partir de esta premisa, la doctrina liberal política europea tiende hacia un convencimiento teórico y práctico de asimilar los conceptos de nación y Estado, de tal modo que se justifica la existencia del Estado en función de la nación, y se construye la nación en función del Estado, confundiendo en algunos casos las nociones culturales de las nociones políticas y jurídicas de la comunidad política[2].

La defensa que el liberalismo político tradicionalmente ha hecho del principio de igualdad (ROUSSEAU, CONSTANT, STUART MILL), como el elemento jurídico que preserva la comunidad política de *pares* ante cualquier tipo de discriminación, le ha llevado normalmente a mantener argumentos tales como el de la incompatibilidad de los derechos de grupo con los derechos individuales en las democracias liberales. Los conflictos que pudieran derivarse al reconocer diferencias entre ciudadanos en virtud de su ubicación territorial suponía, para la primera etapa del liberalismo político, una violación al principio de igualdad alterando la uniformidad de las situaciones jurídicas y políticas de todos los ciudadanos. Con la finalidad de anular cualquier instrumento de privilegios o discriminaciones territoriales propios del Antiguo Régimen, el principio de igualdad formal es un presupuesto esencial de la teoría político-liberal.

Sólo en etapas muy recientes se han realizado esfuerzos teóricos por articular los llamados derechos de grupo dentro de la teoría clásica del liberalismo político democrático (STEPAN, TAYLOR, WALZER). Los derechos de grupo o los llamados también derechos de las minorías etnoculturales son, en un sentido amplio, derechos, políticas públicas, exenciones legales y disposiciones constitucionales que van desde las políticas de muliticulturalismo al federalismo multinacional, los derechos lingüísticos y la protección constitucional de los tratados de los aborígenes[3]. Estos derechos se distinguen de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía protegidos en las democracias liberales, en que no tienen sentido en su aplicación individual, sino que encuentran su efectividad en la aplicación al conjunto de un grupo. El reconocimiento de estos derechos frecuentemente tienen como finalidad la protección del uso de una lengua minoritaria o el reconocimiento de una etnia minoritaria, y persiguen la formación de gobiernos

---

[2] Para una aproximación teórica sobre los supuestos intelectuales, históricos y sociales en la formación de la nación, véase SOLOZÁBAL, J.J.(1998). *Las bases constitucionales del Estado Autonómico*, Madrid: Mc Graw Hill, pp. 39-47.

[3] KYMLICKA, W. (2002). «El nuevo debate sobre los derechos de las minorías». En REQUEJO, F. (coord.), *Democracia y pluralismo nacional*. Barcelona: Ariel pag. 25.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 672



autónomos que ejerzan de modo eficaz políticas contra las presiones externas mayoritarias[4].

En el marco de las democracias occidentales, es posible observar que en algunos Estados (Bélgica, Canadá, Reino Unido, España) existe una cierta presión ejercida por movimientos de base territorial que han reclamado el reconocimiento de algunos derechos colectivos. En estos países, algunas asimetrías sociológicas (como la lengua, o la identidad nacional) han derivado en utilizar la expresión de plurinacionalidad para referirse a la convivencia de varios *cuerpos nacionales* en un mismo Estado. Dicha composición plurinacional también ha impulsado a algunas fuerzas nacionalistas-periféricas a plantear la posibilidad de articular asimetrías de derecho, es decir, establecer diferencias jurídico-formales hacia estos territorios en relación a los derechos y obligaciones, o en sus relaciones con las instituciones centrales, o en cuanto a la aplicación de determinadas leyes. En este sentido, algunos partidos nacionalistas en estos países no han visto satisfechas sus demandas políticas simplemente con la capacidad de autonomía, sino que han llegado a reclamar un *especial estatus* de su territorio dentro de la estructura institucional del Estado en el que se encuentran inmersos.

Frente al tratamiento de la plurinacionalidad desde un punto de vista sociológico, sin duda apasionante, la cuestión que va a centrar este estudio va a ser la diversidad de nuestro Estado desde un tratamiento jurídico-constitucional, y más concretamente, al análisis de los elementos o factores de diferenciación incardinados en la propia norma constitucional, lo que en círculos doctrinales y políticos ha convenido en denominarse los hechos diferenciales.

El interés de esta investigación se puede resumir en varias razones. Nuestro modelo de distribución territorial del poder parece constituir un *tertium genus* entre el Estado regional y el Estado federal. Sin duda, el reconocimiento constitucional de la autonomía política de las Comunidades Autónomas lo aleja de la mera autonomía administrativa que caracteriza a las regiones. Pero, pese a compartir los rasgos federales de autogobierno, se han aducido déficits del Estado Autonómico en cuanto a la participación de las entidades subestatales en la formación de la voluntad estatal, que suele caracterizar a los Estados federales. Además, uno de los rasgos más distintivos de nuestro modelo de Estado viene dado por la presencia de elementos de diferenciación internos que contradicen los rasgos fuertemente centrípetos que se dan en muchos de los Estados federales. Mucho se ha debatido sobre la lógica federal, en el plano teórico-ideal, basada en la igualdad de los Estados federados, así como en ocasiones se ha llegado a hablar de los estados federales-unitarios o de fuerza centrípeta que caracteriza a muchos federalismos modernos. Tanto en el nivel teórico como en el nivel práctico los ejemplos

[4] Para un mayor estudio sobre los derechos de las minorías frente a los procesos de *nation building,* véase KYMLICKA (2002), *op. cit.* pp. 25-45.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 673



más próximos al modelo ideal federal son los casos estadounidense o alemán, en los que la estricta igualdad de los estados federados obliga a una lógica multilateral en las relaciones intergubernamentales, y en estos estados hay generalmente una tendencia hacia la homogeneidad en muchos de los aspectos y relaciones federales.

En España desde el inicio del Estado Autonómico, en ocasiones debido a los distintos techos competenciales de las Comunidades Autónomas, o a las negociaciones de traspasos y delegaciones de competencias a cada Comunidad, o a los propios juegos políticos, la lógica que ha predominado en las relaciones intergubernamentales ha sido el bilateralismo. La idiosincrasia del propio modelo ha llevado en muchas ocasiones a justificar la bilateralidad como mecanismo que permite conjugar la diversidad que manifiesta nuestro modelo de Estado, creando de este modo un círculo vicioso cerrado sobre sí mismo, por el cual el bilateralismo permite integrar la diversidad, a la vez que la diversidad exige la relación bilateral para protegerse frente a la uniformidad.

En España el reconocimiento de la diversidad tiene alcance constitucional. El artículo 2 de la Constitución (CE en adelante) reconoce dos realidades sociológicas, las regiones y las nacionalidades. Asimismo por el modelo abierto que la Constitución permitía, hubiera sido posible prever en los inicios de la democracia un mapa político distinto al actual, en el que tan sólo algunas regiones o nacionalidades se hubieran constituido en Comunidades Autónomas mientras otras hubieran continuado únicamente con una descentralización administrativa provincial. No obstante, la libre voluntad de las distintas regiones y los resultados eficaces que la descentralización política mostraba, condujo a un mapa político de 17 Comunidades Autónomas (CCAA en adelante) y dos Ciudades Autónomas que, aun con igual estructura institucional y con igual reconocimiento político y jurídico, expresan la diversidad y pluralismo constitucional, ya que no todas poseen ni las mismas competencias, ni todas ellas regulan dichas competencias con idéntico contenido. La autonomía política permite que, desde un igual plano de reconocimiento legal, cada Comunidad refleje en sus políticas su específica voluntad territorial.

En la última década y, fundamentalmente, a partir de la Ley Orgánica 9/1992 que profundiza en la uniformidad competencial de las Comunidades Autónomas, se ha debatido en algunos círculos doctrinales y políticos si los hechos diferenciales confieren un *estatus especial y distinto* a favor de las Comunidades que los poseen. No obstante, el Tribunal Constitucional (TC en adelante) desde antes de la finalización del mapa autonómico, en las SSTC 76/1983 y 16/1984 consideró que las CCAA son iguales en cuanto a la subordinación al orden constitucional, en cuanto a los principios de su representación en el Senado, en cuanto a su legitimación ante el TC, y en la imposibilidad de contener estatutariamente privilegios económicos o sociales. El Tribunal ha reconocido la diversidad entre las CCAA en lo que respecta a sus vías de acceso a la autonomía, así

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 674



como en sus niveles competenciales, pero no respecto al estatus jurídico de las mismas.

El interés de este estudio desde el punto de vista académico es realizar una aproximación al debate suscitado en relación a los hechos diferenciales y la posible articulación simétrica-asimétrica que permite nuestro modelo de distribución territorial del poder, debido fundamentalmente al carácter abierto y flexible de nuestra Constitución. La relación de la acomodación de los hechos diferenciales en el Estado Autonómico, como rasgo propio de nuestro modelo de Estado que lo diferencia del estricto federalismo, se inserta en la aparente tensión existente en nuestro Estado entre las fuerzas centrípetas que tienden a la homogeneización del modelo, y las fuerzas centrífugas que buscan la heterogeneidad del mismo.

El principal objetivo de este trabajo de investigación es realizar una aproximación puramente teórica sobre el contenido, alcance y naturaleza de los elementos de diferenciación que se insertan en nuestro modelo constitucional. Por tanto, nuestro objeto de estudio son los denominados hechos diferenciales. Sin embargo, para tomar este objeto de estudio en su estado más neutral y puramente teórico, en primer lugar tendremos que hacer una depuración de su contenido, sometiendo a crítica las diversas acepciones y definiciones que de éstos se han hecho.

Como se mostrará en el marco teórico, lejos está la doctrina de consensuar un contenido unívoco del término *hechos diferenciales*, lo que además ha servido para que en ocasiones sean utilizados con intereses políticos a fin de justificar diversas relaciones preferentes en el Estado español.

Esta investigación se mueve sobre una base analítico-teórica, con la finalidad de aportar algo de claridad sobre uno de los elementos propios de nuestro peculiar modelo territorial, que tiene base constitucional, y que permite al Estado español respetar y amparar la riqueza cultural de nuestro país.

En esta investigación se analizarán los hechos diferenciales en función de unas variables teóricas con el fin de extraer la verdadera naturaleza de los hechos diferenciales y distinguir éstos de cualquier otra manifestación de diversidad que existe en nuestro modelo de Estado. Para lograr esta clarificación teórica, se justifica la adopción de un enfoque jurídico-constitucionalista y se elabora una serie de variables analíticas. Posteriormente, se toman varias diversidades que han sido señaladas como hechos diferenciales por parte de la doctrina, para someterlas a las variables del análisis.

La finalidad de este proceso analítico es lograr una teorización rigurosa y sistemática sobre los hechos diferenciales constitucionalmente relevantes para diferenciarlos de otras diversidades puramente coyunturales que se dan en el Estado Autonómico, de esta manera se definen, *a posteriori* del análisis, cuáles son los hechos diferenciales. Además, se elaborará una exploración teórica sobre las eventuales consecuencias que pueden deducirse de los que concluyamos que son hechos diferenciales, intentando distinguir entre consecuencias institucionales, procedimentales y com-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 675



petenciales de cada uno de los hechos diferenciales. Finalmente, se hará una comparación entre los resultados del análisis y las posiciones doctrinales para ver hasta qué punto es posible hallar un consenso teórico sobre los hechos diferenciales.

## II. MARCO TEÓRICO Y DOCTRINAL

### II.1. EL DEBATE DE LA DIVERSIDAD EN LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS

El primer autor reconocido que utilizó el concepto de asimetría para el sistema político fue el politólogo Charles DUDLEY TARLTON, en su artículo «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speulation» (1965[5]). TARLTON utiliza los conceptos de simetría y asimetría como indicadores que permiten medir el grado de conflicto dentro de una Federación, y señala que el nivel conflictivo entre los Estados federados y la Federación depende del grado de simetría-asimetría que existe entre un Estado y la Federación para cada tipo de relaciones.

TARLTON se encuentra inmerso en las dos corrientes que arrastran a la Ciencia Política de los años sesenta: el funcionalismo y el behaviorismo. Por influencia de la primera de estas dos corrientes, la principal preocupación de Tarlton en esta obra es la funcionalidad del sistema. Su interés reside en analizar cuáles son los fundamentos teóricos que impulsan la conflictividad en un Estado y cuáles son las consecuencias perjudiciales o beneficiosas para el sistema político. Pero la base normativa que hay detrás de su análisis positivo es la consideración de que el conflicto es negativo en cualquier sistema político y que, para evitarlo, es necesario adoptar diversas formas de organización del poder político.

Para TARLTON un sistema federal simétrico es aquel que presenta una población y un territorio igual, aspectos económicos, condiciones climáticas, proyectos culturales, agrupaciones sociales e instituciones jurídico-políticas similares. Todas las unidades se enfrentarían a idénticos problemas y adoptarían vías de resolución iguales con similares recursos. Frente a esta caracterización del perfecto federalismo simétrico tarltoniano hay que hacerse la siguiente pregunta: existe realmente en el mundo algún estado que presente tal homogeneidad casi perfecta; y entonces, cómo se explica precisamente la adopción de formas federales en estados con múltiples diferencias territoriales, étnicas, económicas o lingüísticas[6].

---

[5] El artículo original es: TARLTON, Ch., (1965). «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation», *The Journal of Politics,* vol. 27, nº 4, pp. 861-864. También lo encontramos en FOSSAS, E. (eds.).(1999). *Asimetría federal y estado plurinacional.* Madrid: Trotta.

[6] Hay autores que creen que el federalismo es adoptado como forma institucional que preserva las diversidades de partida, frente a la visión de que el federalismo genera diversidad. Un texto interesante, BERAMENDI, P. (2004). «Instituciones políticas y desigualdad de renta: el caso de la de la descentralización», *Revista Española de Ciencia Política,* nº 10, Abril 2004, pp. 81-110.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 676



La tesis que mantiene TARLTON es contraria a los que normalmente se aducen como argumentos favorables a la descentralización. Según las hipótesis clásicas en la Ciencia Política, en una sociedad en la que priman los elementos de diversidad o los *cleavages*[7], la organización estatal más apropiada será la federal para integrar dicha diversidad en la unidad, permitiendo a la vez la autoorganización para gestionar las diversidades internas. Mientras que, por el contrario, la composición homogénea de la sociedad permitirá el funcionamiento eficaz del Estado unitario. Por su parte, TARLTON mantiene la opinión contraria a esto: «*Donde los elementos de diversidad sean la norma se sigue que un sistema unitario y centralizado sería el mejor*» [8].

De este modo, para Tarlton un Estado federal con grandes particularidades estará basado en un modelo relacional conflictivo entre las partes y el todo, e incluso señala que aquellos territorios donde haya un mayor número de diferencias respecto del conjunto estatal, serán las más conflictivas. Esta deducción teórica de Tarlton puede tener un gran sentido si lo estudiamos en relación al caso español, ya que aquellos territorios en donde se concentran diferencias lingüísticas, institucionales y competenciales como son País Vasco y Cataluña, son las CCAA que mantienen un nivel de confrontación con el poder central más elevado que el resto de CCAA.

Para Tarlton un sistema que esté fundamentado sobre grandes diversidades, fomenta la secesión de determinadas partes y acaba conduciendo a la destrucción del Estado. Para evitar esto, este autor propugna como idóneo el sistema unitario. Sin embargo, esta recomendación difícilmente puede sostenerse en un estado democrático, y menos aún en el caso de que las diversidades hayan adoptado una manifestación política, es decir, se hayan convertido en un *cleavage* que divide a la sociedad y que estructura la competición política de ésta.

Pero una de las mayores aportaciones que podemos extraer de este autor para aplicarla al caso español es su teoría respecto a la dinámica política que va de la simetría hacia la asimetría. En realidad, TARLTON elabora una fundamentación teórica para explicar el problema del cambio y desarrollo de los sistemas políticos, y explica que en un sistema político se da una continua alternancia entre, primero, condiciones que favorecen el surgimiento de la simetría y, posteriormente, desde esa posición de simetría se tiende a buscar la asimetría, que vuelve a dominar el sistema, para finalmente comenzar de nuevo la búsqueda de la simetría en el sistema.

---

[7] En Ciencia Política, se entiende por *cleavages* las fragmentaciones sociales que se trasladan a la arena política y que, por tanto, estructuran la competición electoral de partidos y electores. Stein ROKKAN es el principal politólogo que ha estudiado la formación de los *cleavages* en las democracias occidentales, señalando como principales ejes de confrontación social y política el conflicto rural-urbano, el conflicto Iglesia-Estado, el conflicto socio-económico, y el conflicto centro-periferia. Ver ROKKAN, S. (1999). *State formation, nation-building and mass politics in Europe*. Oxford: University of Oxford.

[8] Extraído del artículo Ch. TARLTON (1967). «Federalism, political energy and entropy». Citado en SEIJAS, E., (2003). *Configuración asimétrica del sistema de CCAA*. León: Universidad de León, pp. 209-210.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 677



Esta conexión entre simetría-asimetría y dinámicas políticas reproduce la «ley del péndulo», lo que nos lleva a suponer que si partimos de una estructura y de unas relaciones estatales predominantemente simétricas, la consolidación y expansión del espacio político de cada una de las unidades territoriales descentralizadas propiciará la formación de asimetrías (lo que no debe sorprendernos si pensamos en la autonomía legislativa que puede llevar a la diversidad en las políticas públicas). Una vez se produjera este supuesto, el resto de unidades territoriales, impulsadas por el llamado *efecto emulación,* intentarían subsanar dicha asimetría y llegar al mismo punto que la otra unidad territorial había alcanzado anteriormente. El final del proceso será de nuevo llegar a la simetría, para otra vez volver a comenzar la dinámica pendular.

Esta tensión centrífuga-centrípeta caracteriza gran parte de lo que podemos decir que ha sido el desarrollo del Estado Autonómico. En España se ha hablado del efecto emulación por parte de las Comunidades del artículo 143 para lograr homogeneizar el modelo de descentralización política.

A lo largo de estos años de desarrollo y consolidación del Estado Autonómico, se ha observado claramente que la autonomía es generadora de diversidad en sí misma, puesto que implica la posibilidad de que los entes territoriales adopten decisiones y políticas de modo diferente sobre las mismas materias en diversas partes del territorio. Estas libres decisiones de las entidades autonómicas en materias de interés particular puede entrañar un riesgo, sólo en el caso de que la diversidad condujera a la desigualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los españoles hasta el punto de que se suscitaran situaciones jurídicas de infraprotección de tales derechos y deberes.

El debate a nivel académico sobre la asimetría y los riesgos tanto de la homogeneización como de la heterogeneidad del modelo, comienza en España fundamentalmente a partir de la LO 9/1992 de 23 de diciembre, de delegación y transferencia de competencias a las CCAA, por la que se igualaba el nivel competencial entre Comunidades. Mediante esta ley, se instrumenta el acceso de las Comunidades Autónomas del art. 143 CE al nivel máximo competencial, similar al de las Comunidades del artículo 151CE, una vez que ya habían transcurridos más de los cinco años de «suspensión» que postulaba la Constitución (artículo 148.2). Tras las correspondientes reformas estatutarias a partir de 1994 en once Comunidades para asumir las nuevas competencias[9], consolidando de este modo las transferencias que preveía la LO 9/1992, se cerraba la puerta a

[9] Para asumir las nuevas competencias, se llevaron a cabo unas reformas estatutarias de las CCAA del art. 143, aprobadas por LO 1/1994 (Asturias); LO 2/1994 (Cantabria); LO 3/1994 (La Rioja); LO 4/1994 (Murcia); LO 6/1994 (Aragón); LO 7/1994 (Castilla-La Mancha); LO 8/1994 (Extremadura); LO 9/1994 (Baleares); LO 10/1994 (Madrid); LO 11/1994 (Castilla y León). También se modificó el Estatuto de Autonomía de la CA Valenciana (LO 5/1994), que pese a haber seguido la vía del art. 143 CE, ya ejercía competencias similares a las de las CCAA del art. 151. La reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, caso idéntico al de la Comunidad Valenciana, se reformó en 1996 (LO 4/1996).

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 678



la posible asimetría o diferenciación competencial entre Comunidades, salvo aquella que radicara en la propia voluntad política de cada una de ellas debido al principio dispositivo. De esta manera, se ponía fin, en parte, también al clásico debate sobre el modelo abierto o modelo cerrado de nuestra distribución territorial del poder, al menos en lo que afectaba al techo competencial[10].

Tras varios años de debate sobre el concepto de federalismo asimétrico y la posibilidad de adecuar nuestro modelo de descentralización política a dicho modelo federal, en la actualidad el debate se ha centrado en la articulación de la *nación de naciones* y el reconocimiento de la plurinacionalidad, siguiendo muy cerca la literatura que está surgiendo (predominantemente en Europa) sobre *identidades múltiples*[11].

Los Estados plurinacionales son definidos normalmente como aquellos estados compuestos por colectividades políticas que contienen dos o más naciones[12]. Para autores afines a estas corrientes (Ferrán REQUEJO, 2002; Enric FOSSAS, 2003; o Enric ARGULLOLL, 2003; entre otros), el reconocimiento del pluralismo nacional puede insertarse en las instituciones y reglas de los democracias típicamente liberales, y proponen la adopción de un modelo de federalismo plurinacional.

Las numerosas polémicas que, como se ha explicado, han surgido en torno a la naturaleza del Estado Autonómico, pueden ponerse en relación con el permanente cuestionamiento que se ha hecho del artículo 2 CE por parte de algunos políticos nacionalistas vascos y catalanes fundamentalmente, concretamente con el eterno debate sobre la supuesta diferencia que en tal artículo se establece entre nacionalidades y regiones.

El proceso de descentralización política comenzó con una clara voluntad asimétrica para facilitar, primero, un acceso rápido a la autonomía a las denominadas comunidades históricas (la Disposición Adicional segunda), y, en segundo lugar, una autonomía más elevada (con una «suspensión» temporal de cinco años para las Comunidades que siguieran el proceso por el artículo 143 CE). Para algunos políticos y teóricos, la Constitución marcaba de este modo una clara diferencia entre CCAA que eran nacionalidades (las históricas) y el resto de CCAA que sólo podían ser consideradas regiones[13].

---

[10] Argumentos sobre la conexión entre modelo simétrico o asimétrico y modelo abierto o cerrado, ver LÓPEZ GUERRA, L. (1997). «Modelo abierto y hecho diferencial», *Simetría y Asimetría en el Estado de las Autonomías, Revista Vasca de Administración Pública,* nº 47(II), enero-abril, pp. 97-112.

[11] Los conflictos étnicos que han surgido en Europa y la importancia que los nacionalismos territoriales están teniendo en algunas democracias, han llamado la atención de numerosos politólogos y sociólogos, y ha sido en los últimos veinte años una fuente constante de estudio. Entre otros, ver GELLNER, E. (1997). *Naciones y nacionalismo.* Madrid: Alianza; WALZER, M. (1992). *Multiculturalism and the Politics of Recognition.* Princeton: University Press; y GUIBERNAU, M. (1996). *Los nacionalismos.* Barcelona: Ariel.

[12] REQUEJO, F., «Federalismo plurinacional (1)», de 12 de abril de 2005, www.lavanguardia.es/web/200050412/51181506822.html

[13] En esta línea, se ha expresado HERRERO DE MIÑÓN, M. (1995). «La posible diversidad de los modelos autonómicos en la transición». En *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas.* Barcelona: Institut d´Estudis Autonòmics, pp. 11-17.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 679



No obstante, para otros especialistas[14], nuestro modelo comenzó siendo un modelo asimétrico con vocación simétrica. Otros autores[15], por el principio dispositivo, consideraban que la autonomía se conforma como un derecho, dentro de un proceso de integración que en su fin tiende a la igualdad entre Comunidades Autónomas, así como implica la igualdad de todos los ciudadanos.

No obstante, el modelo español «no impone ni impide» la equiparación competencial entre las Comunidades Autónomas, pero, cada vez que en la realidad las CCAA llamadas de régimen común se aproximan a las denominadas históricas, desde éstas se inicia un nuevo impulso a favor de la diferenciación. El Estado Autonómico es, por tanto, un magnífico caso empírico de la tesis del péndulo que ya sostenía TARLTON en los años sesenta respecto a la dinámica política que se da en la relación entre simetría y asimetría.

## II.2. LOS HECHOS DIFERENCIALES EN EL DEBATE TEÓRICO

Si lo que se pretende es buscar espacios para la diversidad en el seno del Estado Autonómico, es imprescindible partir de un base teórica acerca de cuáles son los hechos diferenciales, para posteriormente poder aducir consistentemente qué consecuencias jurídicas o institucionales tienen para su articulación en el Estado.

Sin embargo, se puede contrastar fácilmente que, en realidad, existe un escaso consenso entre la doctrina sobre qué son hechos diferenciales,

---

[14] LÓPEZ GUERRA, L. (1995). «El modelo autonómico», *Autonomies*, nº 20, diciembre 1995, pp. 179. Para este autor, la primera fase de desarrollo autonómico se concibió no como meramente «provisional» sino como «transitoria», era una fase previa de un desenlace forzoso, que sería la igualación competencial. Aduce tres razones fundamentales. La primera relacionada con una concepción «*inaceptable*» o «*insoportable*» de desigualdad entre Comunidades. La segunda, las diferencias en el nivel competencial supondrían diferencias tanto en las oportunidades de desarrollo económico como en cuanto a la distribución solidaria interregional de los recursos económicos. La tercera, un mandato de igualación competencial en la Constitución.
Si bien es cierto que para muchos, y sobre todo tras los Pactos de la Moncloa de 1981, la situación de descentralización política generalizada sólo era cuestión de ritmos y tiempos, se hace necesario tener en cuenta algunas matizaciones. Por un lado no es cierto que existiera tal mandato de igualación competencial en la Constitución, la Constitución deja en manos del principio dispositivo dicha posibilidad. Por otra lado, no deben mezclarse las diferencias en el techo competencial con las posibilidades de desarrollo económico ni con distribución solidaria de los fondos públicos. En realidad, no puede vincularse el modelo de administración centralizada de esas competencias con menores posibilidades de desarrollo económico. Hasta que las CCAA del art. 143 igualaron el techo competencial, esas competencias continuaron en manos de la AGE sin que, hasta la fecha, la autora conozca un estudio empírico que señale, como causa de un supuesto menor desarrollo económico de estas Comunidades, la gestión centralizada de dichas competencias en términos relativos al desarrollo económico de las Comunidades del 151, que ya gestionaban las mismas. Por último, la inaceptabilidad de un menor nivel competencial de las Comunidades del 143 no sólo es algo que para algunos políticos era deseable, sobre todo en el momento constituyente fue una idea muy extendida entre la clase política más conservadora, sino que es algo que ocurre de hecho en otros estados (Italia, Reino Unido). En realidad, el menor nivel competencial de unas Comunidades no tiene nada que ver con criterios morales de aceptabilidad o no, sino con valoraciones políticas sobre la base del agravio comparativo.

[15] ÁLVAREZ CONDE, E., (1997). «Homogeneidad y asimetría en el modelo autonómico español», en *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, pp. 87.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 680



cuáles son y qué consecuencias manifiestan. Si bien los hechos diferenciales son un término recurrente en la literatura doctrinal y política, existe poca sistematización sobre su naturaleza teórica, sus especificidades y su alcance. En este apartado intentaremos aproximarnos de modo esquemático a las principales aportaciones teóricas para llegar a la conclusión de que nos encontramos todavía lejos de alcanzar un consenso sobre estos polémicos términos.

Como indica Enrique Álvarez Conde[16], el término de hecho diferencial no aparece en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía, y constituye un término flexible y subjetivo debido al carácter político-ideológico con el que ha sido utilizado, por lo que resulta necesario elaborar su redefinición.

Algunos teóricos han intentado agrupar *todo lo diferente* y categorizarlo en distintos hechos diferenciales. Así, Rubio Llorente[17] ha propuesto distinguir entre tres tipos de hechos diferenciales:

- los hechos diferenciales constitucionalizados (básicamente, las disposiciones primera y tercera de la Constitución),
- el hecho diferencial institucionalizado (caracterizado por la existencia de partidos nacionalistas que tienen la hegemonía o una situación políticamente fuerte dentro de la respectiva Comunidad Autónoma y fuerte proyección sobre el Congreso de los Diputados),
- y el hecho diferencial en sí, que se basa en la diferenciación de ciertas Comunidades respecto del resto.

En esta misma línea ha ido la propuesta de Francesc de Carreras[18], de distinguir entre el hecho diferencial objetivo, que incluye lo que Rubio Llorente denomina el constitucionalizado y el institucionalizado, frente al hecho diferencial ideológico, tributario de los movimientos nacionalistas del siglo XIX, y que se traduce en la lógica competitiva del voto nacionalista.

Ninguno de estos intentos, sin embargo, constituyen un esfuerzo teórico de sistematización que nos permita bucear en la Constitución con la pretensión de encontrar manifestaciones de diversidad que supongan un límite a la homogeneidad del sistema. Cualquier eje nacionalista que se introduzca en la competición electoral de los partidos y de los electores, no implica un hecho diferencial *en sí* ni *ideológico*, sino que revela uno más de los diversos *cleavages* de la sociedad que se extrapola a la arena competitivo-electoral[19].

---

[16] Álvarez Conde, E. (1997), op.cit, pag. 83.

[17] Rubio Llorente, F. (1996). Debate III. En *Ante el futuro del Senado* (pp. 546-549). Barcelona: Institut d´Estudis Autonòmics, pp. 546-549.

[18] De Carreras, F. (1996), en *Ante el futuro del Senado, op. cit*, pp. 558-559.

[19] De nuevo, Rokkan, S. (1999), *op. cit.*, para una magnífica explicación politológica del «clivaje» centro-periferia que ha fragmentado la sociedad y la competición político-electoral en algunas democracias europeas.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 681



En un sentido muy parecido, algunos autores han buscado elementos asimétricos en el modelo español, volviendo a confundir el término de hechos diferenciales con otras manifestaciones de la diversidad. GARCÍA ROCA[20] ha entendido que el modelo español es estructuralmente asimétrico, lo que se manifiesta en numerosos elementos, como por ejemplo, la pluralidad de vías de acceso a la autonomía (artículo 143; artículo 151; amejoramiento del fuero; la mezcla del artículo 143 más leyes orgánicas de delegación y transferencia para el caso valenciano y canario); en los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas en virtud del principio dispositivo; y la asimetría que produce la propia experiencia de autogobierno y la voluntad de diferenciación de cada Comunidad.

Al igual que no parece válido apelar a los sistemas de partidos y sus ejes de competición para hacer un estudio sistemático constitucional de los hechos diferenciales, tampoco podemos extrapolar como *lo diferencial* cualquier asimetría que resulte de un estado que en sí mismo permite la diversidad de las políticas públicas y el pluralismo normativo. Éste no es un rasgo propio del Estado Autonómico, como buscamos, sino un efecto correlativo de cualquier sistema descentralizado políticamente.

Con un enfoque más jurídico-constitucional, encontramos la aportación del profesor Gumersindo TRUJILLO[21] para quien los hechos diferenciales son singularidades que, por estar previstas por la Constitución o ser consecuencia directa de previsiones constitucionales, constituyen un límite a la homogeneidad. De este autor caben extraer varias notas caracterizadoras del hecho diferencial: tienen una base constitucional; constituyen un límite a la igualación competencial; resultan de un supuesto de hecho particular; resultan titulares del hecho diferencial las Comunidades Autónomas que lo poseen frente al resto que no presentan ese supuesto de hecho; y del hecho diferenciador se deduce ser beneficiario de una diferencia competencial o procedimental.

Este autor considera como hechos diferenciales la lengua y la cultura propias de algunas Comunidades; los derechos civiles, forales o especiales propios de algunas Comunidades; las peculiaridades económico-fiscales de País Vasco, Navarra y Canarias; el reforzamiento de la rigidez estaturaria de las Comunidades de la vía artículo 151 CE; y las especialidades de la organización territorial comunitaria derivadas de circunstancias específicas de las Comunidades insulares, forales, uniprovinciales...

Estos hechos diferenciales hay que distinguirlos de las aspiraciones diferenciadoras que, a su juicio, son pretensiones tendentes a lograr una acentuación del principio diversificador a favor de una o varias Comunidades, acrecentando los perfiles asimétricos del Estado Autonómico. Además, TRUJILLO niega que sean hechos diferenciales aquellas posiciones

---

[20] GARCÍA ROCA, J. (1997). «España asimétrica (descentralización territorial y asimetrías autonómicas: una especulación teórica». En *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*, (pp. 68-72), *op. cit.*

[21] TRUJILLO, G. (1997), *op. cit*, pp. 19-21.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 682



ideológicas, políticas y también doctrinales que defienden un *hecho diferencial global* que viene a coincidir con la propia Comunidad que lo reivindica, y cuya pretensión puede llegar a ser el logro de un estatus constitucional autonómico específico y favorecedor de esa Comunidad respecto de las restantes.

Sobre esta misma base de engranaje constitucional de los hechos diferenciales, encontramos las aportaciones de López Aguilar[22], que es, en mi opinión, uno de los mejores intentos de conceptualización de los hechos diferenciales. López Aguilar elabora una teoría de los *hechos diferenciales constitucionalmente relevantes* que son aquellos de los que puede predicarse directa o indirectamente una consignación constitucional razonable, de la que cabe colegir un mandato de tutela dentro del bloque de constitucionalidad y que blindan el contenido del hecho diferencial frente a la posterior voluntad constituida legislativa o gubernativa. Además, los hechos diferenciales constituyen un presupuesto fáctico no universalizable, son estructurales y permanentes.

A partir de esta teorización, se pueden deducir numerosas cualidades de los hechos diferenciales, muchas de las cuales vienen a coincidir con la posición doctrinal del profesor Trujillo:

- el hecho diferencial es un supuesto de hecho, un presupuesto fáctico,
- tiene base dentro del bloque de constitucionalidad con la finalidad de «bloquear» el contenido del hecho frente a la voluntad política de los poderes constituidos,
- no son «exportables» y tienen carácter estructural, por tanto no pueden ser presupuestos fácticos provisionales o temporales, ni aquellos que puedan ser modificables por los poderes constituidos,
- elimina también cualquier otra diversidad suscitada por coyunturas políticas (por ejemplo, la asimetría competencial o institucional que respondan incluso al poder estatuyente pero que no se infieran de una protección constitucional).

En conclusión, para López Aguilar, los hechos diferenciales constitucionalmente relevantes se resumen en: la cooficialidad lingüística; el acervo jurídico-foral; las singularidades institucionales derivadas de ese Derecho foral o especial; un supuesto geográfico «inexportable», y las especialidades económico-fiscales. A esto añade tres «hechos diferenciales estrictamente jurídicos» que se despliegan de la propia Norma constitucional, y son, el referéndum de ratificación en las reformas estatutarias de las Comunidades del artículo 151; el carácter paccionado del régimen foral de Navarra (mediante la Disposición Adicional 1ª y la Disposición Derogato-

[22] López Aguilar, J.F. (1997). «Constitución, autonomía y hecho diferencial. El Estado Autonómico y el «hecho diferencial constitucionalmente relevante»». En *Cuadernos de Derecho Público,* nº 2, septiembre-diciembre 1997 (pp. 25-74). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 683



ria, *ex* negativo); y la exigencia constitucional del previo informe de la Comunidad Autónoma del archipiélago canario para la modificación del régimen económico y fiscal (Disposición Adicional 3ª).

En una dirección parecida, encontramos la posición de Esther SEIJAS[23], para quien los hechos diferenciales también constituyen un supuesto de hecho que, en la línea del profeso LÓPEZ AGUILAR, son singularidades constitucionalmente relevantes que, como indica el profesor TRUJILLO, presentan algunas Comunidades Autónomas, y que suponen un límite a la uniformidad.

Pero lo más interesante para este marco teórico es la distinción que SEIJAS elabora entre hecho diferencial y asimetrías. El hecho diferencial es, como ya se ha dicho, un presupuesto fáctico, un supuesto de hecho. Por su parte, la asimetría se manifiesta como una realidad *ex post*, es la consecuencia jurídica o política de la incorporación del hecho diferencial al ordenamiento jurídico. A su juicio, de esta correlación entre asimetría y hecho diferencial se sustenta que todas las asimetrías han de «*implicar necesariamente la existencia de un hecho diferencial previo*»[24]. La asimetría, por tanto, hace referencia a una plasmación constitucional relevante de las distintas formas de concretar un estatuto de autogobierno a la medida de las voluntades y/o identidades marcadas por los hechos diferenciales. Por otra parte, por disimetría entiende aquellas situaciones derivadas del tratamiento político de los hechos diferenciales y de las asimetrías, o más concretamente, los considera como los intentos de conversión de aquellos en cuotas de poder.

La consecuencia que se deriva de la asimetría es la intensificación del ámbito competencial de la unidad territorial que posee un hecho diferencial sin que ello ocurra en detrimento del resto de unidades territoriales, así como implica la existencia de un reflejo intraestatal de esas singularidades en las estructuras institucionales centrales y en las relaciones que se realizan entre la dicha unidad territorial y el resto de unidades territoriales[25]. Se trataría, en suma, de regular de manera diferente un título competencial sobre la base de unas singularidades previas no compartidas por otros territorios. Este titulo competencial adquiere no un valor cuantitativo, sino un valor cualitativo de diferenciación. De este modo, la asimetría no puede confundirse con la propia heterogeneidad que se prolonga de la capacidad de autonomía.

Entre otras posiciones doctrinales, se encuentra Eliseo AJA quien considera que el concepto de hecho diferencial supone el reconocimiento constitucional y estatutario de los elementos de una personalidad histórico-política diferenciada de algunas CCAA[26]. De este modo, cree que los elementos de diferenciación arrancan de caracteres históricos que ma-

---

[23] SEIJAS VILLADANGOS, E. (2003), *op. cit,* Cap. V.

[24] SEIJAS VILLADANGOS, E. (2003), *op. cit,* pp. 555-556.

[25] SEIJAS, (2003), *op. cit*, pag. 288.

[26] AJA, E. (1999). *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales.* Madrid: Alianza, pag. 161.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 684



nifiestan algunas Comunidades Autónomas. La idea de hechos diferenciales supone, a su juicio, la existencia de pueblos con personalidad particular en el conjunto de España y su reconocimiento constitucional indica que esta realidad política adquiere también una dimensión jurídica[27]. Este autor atribuye hechos diferenciales a las siguientes CCAA:

- País Vasco: Territorios Históricos, lengua, derecho civil foral, policía propia y sistema de Concierto;
- Cataluña: lengua, derecho civil especial y policía propia;
- Galicia: lengua y derecho civil foral;
- Navarra: Convenio económico, derecho civil foral, policía propia y euskera en zona vasco-parlante;
- Canarias: Cabildos y régimen económico fiscal especial;
- Islas Baleares: lengua, Consejos insulares y derecho civil especial;
- Comunidad Valenciana: lengua y derecho civil;
- Aragón: derecho civil y lengua.

La particularidad de esta aportación es que todos estos hechos diferenciales, además de hacer titulares a las Comunidades Autónomas, se sustentan fundamentalmente sobre unos rasgos histórico-culturales.

Desde esta perspectiva cultural e histórica, para explicar los hechos diferenciales podemos citar también la posición de Herrero de Miñón[28]. Para este autor, los hechos diferenciales corresponden en la totalidad a la identidad diferenciada de Euskadi y Cataluña. Éstas son realidades históricas en sí mismas, con rasgos culturales específicos que manifiestan una identidad colectiva como pueblo.

Cercanos a las posiciones que llevan a asimilar identidad colectiva con hecho diferencial (lo que en realidad aproxima mucho el término de hecho diferencial a su raíz catalana y la pretensión política que impulsó el uso de este término en la época de la Restauración), algunos autores han llegado a hablar del *hecho vasco, catalán o canario* como una totalidad que engloba diversas especificidades jurídicas, institucionales o económico-fiscales atribuidas a una Comunidad.

Castells[29] habla de un diferencialismo vasco que se configura en la actualidad sobre el eje de la actualización de los derechos históricos y que implica la existencia de una diferencia institucional, orgánica y competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Según este autor, *lo vasco* constituye en su globalidad un hecho singular que se conforma sobre un cimiento socio-político (un subsistema propio de partidos de clase y sindicatos de clase); un dato cultural-lingüístico y un complejo normativo que se justifica y le-

---

[27] Aja, E. (2004), «Igualdad y diferencia entre CCAA (hechos diferenciales)», *Documento de trabajo Goberna,* nº 8, pp. 17 y ss. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 17 y ss..

[28] Herrero de Miñón, M. (1995), *op. cit,* pp. 11-17.

[29] Castells Arteche, J.M. (1997). «El hecho diferencial vasco». En *RVAP,* n. 47, *op.cit,* pp. 113-126.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 685



gitima en la especificidad recogida en la propia Constitución y en el Estatuto de Autonomía de Guernica, configurando un régimen peculiar.

LEGUINA VILLA sitúa su discurso doctrinal sobre la base de los sujetos titulares de los hechos diferenciales. Para este autor[30] existen unos *hechos políticos diferenciales* que la Constitución reconoce, consagra y garantiza al establecer la organización territorial del Estado, y son únicamente dos.

El primero de ellos son las nacionalidades. Según este autor, las nacionalidades de Cataluña, Euskadi y Galicia son realidades de una sustancia o naturaleza política distinta en virtud de su personalidad histórica, la identidad como pueblo, y su intensa vocación de autogobierno. Sin embargo, este autor no nos proporciona las cualidades o variables teóricas sobre las cuales podemos hablar de nacionalidad y excluir de tal concepto al resto de unidades de observación que no cumplen con dichas variables. El segundo hecho diferencial son los derechos históricos de los territorios forales de Navarra, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, que manifiestan igualmente la identidad y la personalidad histórico-política diferenciada de cada una de estas provincias y justifican las autonomías singulares de Euskadi y Navarra.

Pese a no hacer una teorización sobre los hechos diferenciales, merece la pena introducir una aclaración teórica de GARCÍA ROCA[31] al hablar del concepto de hechos diferenciales como presupuestos fácticos. Este autor señala que los hechos diferenciales constituyen un enunciado político ambiguo, dotado de una geometría variable y desprovisto de una concreción jurídica, tal y como habrá comprobado el lector a lo largo de este epígrafe. Para GARCÍA ROCA, al hablar de hechos diferenciales es necesario distinguir si nos estamos refiriendo a «hechos», a «hechos jurídicos», a «hechos jurídicamente relevantes» o a «relaciones jurídicas». Considera que se utiliza el término de hechos diferenciales tanto para hablar de «hechos» como es la insularidad, un presupuesto de hecho como son las lenguas que implican un derecho a su empleo, al mismo tiempo que se emplea para hablar de Cabildos, Consejos insulares y Territorios Históricos que son instituciones de poder creados por el Derecho, o de la policía autonómica que configura una relación jurídica.

A pesar de esta gran confusión teórica, es importante apuntar una nota que sí parece constituir una característica propia de los hechos diferenciales, atribuida de modo más o menos explícito por casi todos los autores, y sobre la que podemos llamar la atención como una cualidad de los hechos diferenciales de común consenso entre la doctrina. Esta característica es la que podemos denominar como lo *estructuralmente di-*

---

[30] LEGUINA VILLA, J. (1997). «La reforma del Senado y los hechos diferenciales». En *La participación de las CC.AA en las decisiones del Estado*, (pp. 218-221), Jornadas sobre El Estado Autonómico, celebradas en Pamplona. Madrid: Tecnos.

[31] GARCÍA ROCA, J. (2000). «¿A qué llamamos, en Derecho, hechos diferenciales?». En *Cuadernos de Derecho Público*, nº 11, (pp. 73-110), *op. cit.*

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 686



*ferencial.* El profesor D. Francisco TOMÁS Y VALIENTE[32] distinguía como hecho diferencial como «*lo permanente-diferencial*» que encuentra una premisa justificativa en algún precepto constitucional. Esta característica presupone la especificación mediante la cual la Constitución singulariza directa o indirectamente a determinadas Comunidades, de manera no extensiva nunca al resto, unas atribuciones de carácter permanente, excluyendo de este modo cualquier otra diferencia que radique en un momento coyuntural o que pueda ser modificable en el futuro.

Para concluir, debemos señalar que la enorme confusión doctrinal que encontramos al sumergirnos en la literatura especializada sobre hechos diferenciales se debe, no sólo a la escasa sistematización del concepto, sino a la escasa convención tácita sobre el punto de partida para identificar los hechos diferenciales, y es si los hechos diferenciales son un presupuesto de hecho, son una titularidad adquirida, o son una entidad globalizadora de una identidad o personalidad específica.

En este trabajo de investigación, la posición adoptada será la línea jurídico-constitucional, seguida por los profesores TRUJILLO y LÓPEZ AGUILAR, tomando el hecho diferencial como un supuesto de hecho jurídico, por considerar que es un modo más categórico de análisis sobre los hechos diferenciales y, por tanto, menos dado a confusiones semánticas que conceptos culturales o identitarios.

## III. UN INTENTO DE TEORIZACIÓN DE LOS HECHOS DIFERENCIALES

El término de hecho diferencial deriva del *fet diferencial* utilizado por los escritores catalanes durante el período de la Restauración. Con este término se hacía alusión al conjunto de rasgos propios y específicos de Cataluña, concretados en la lengua, la cultura y el Derecho civil propio, que diferenciaba a esta región del resto de España.

El movimiento nacionalista catalán de primeros del siglo pasado va estrechamente unido a la defensa de la lengua catalana y su principal propósito era elevarla de la esfera privada, en la que normalmente era utilizada, hacia la esfera pública. La referencia al *fet diferencial* tendía a considerar, fundamentalmente, el hecho diferencial lingüístico, si bien esto posteriormente sirvió para impulsar reivindicaciones de autogobierno más allá de las materias puramente lingüísticas.

Con la intención de hacer un análisis metódico y aséptico de los hechos diferenciales, en este capítulo vamos a construir variables a partir del mínimo consenso existente en la literatura sobre la definición de hechos diferenciales.

En esta investigación, como se explicará más adelante, no se van a considerar hechos diferenciales aquellas diversidades propias de la voluntad de

[32] TOMÁS Y VALIENTE, F. (1995), «Uniformidad y diversidad en las CCAA, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional». En *Uniformidad o Diversidad de las CCAA*, (pp. 23-ss), *op. cit.*

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 687



autogobierno, ni aquellos elementos que remarcan una línea competitivo-electoral del sistema de partidos. Partimos de la base de que los hechos diferenciales constituyen un elemento propio del Estado Autonómico, que lo diferencia de los estados federales que tienden a la homogeneidad. Nuestro modelo de distribución territorial protege de la uniformidad formal ciertos rasgos culturales, instituciones y normas de organización que dotan de pluralidad y riqueza nuestra realidad estatal. Por tanto, no podemos tomar como hecho diferencial aquellas diferencias que se sustentan sobre la base de la voluntad de gobierno, coyuntural y política, ni sobre la base del pluralismo normativo y la diversidad de las políticas públicas. Todas éstas «asimetrías» únicamente responden a la capacidad de autogobierno propia de cualquier sistema descentralizado políticamente, así como a la intensidad en el ejercicio de las competencias propias.

Tampoco tomamos como hecho diferencial la existencia de un segundo eje en la competición electoral de partidos y en el modelo de comportamiento político de los electores que indica la inclusión del eje nacionalista en el voto. Este *cleavage*, una ruptura o fragmentación social que se traslada a la arena política, puede encerrar tras de sí múltiples explicaciones sociológicas y politológicas, pero en ningún caso implica un trasfondo jurídico que se apoye en la regulación constitucional.

Por todo ello, este trabajo tomará únicamente como base de investigación aquellas particularidades o especificidades que encuentran en la Constitución, directa o indirectamente, una protección garantista y que manifiestan ser un límite a la voluntad política de los poderes constituidos.

De modo previo a enmarcar la delimitación conceptual del término de hecho diferencial, parece importante abordar ciertas preguntas que justifiquen el tratamiento de este polémico concepto.

### III.1. EL HECHO DIFERENCIAL: CUESTIÓN POLÍTICA O JURÍDICA

El enfoque que esta investigación va a tomar a lo largo de todo el trabajo es puramente jurídico-constitucional, con independencia de que nuestros constituyentes decidieran proteger a nivel constitucional ciertos rasgos diferenciadores sobre la base de las exigencias políticas coyunturales. No obstante, resulta inocente creer que sólo nuestra Constitución es producto de dichas exigencias. Desde la adopción de un determinado modelo de funcionamiento del mercado hasta el modelo de educación público o privado previstos en cualquier Constitución, todas ellas son cuestiones que responden, en cada sistema político, a una determinada relación de fuerzas en el momento constituyente y a las habilidades que cada una de estas fuerzas manifiesta en los procesos de negociación política.

Asimismo, y dejando al margen el uso más o menos político que se haya hecho de los hechos diferenciales, no podemos evitar reconocer que, más allá de la dialéctica semántica, existen en nuestro ordenamiento constitucional ciertos rasgos diferenciadores, protegidos y garantizados, que reve-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 688



lan ciertos límites frente a la acción homogeneizadora de los poderes constituidos. Luego, puede y debe ser tratado como una cuestión jurídica.

### III.2. ¿PODEMOS HABLAR DE HECHOS DIFERENCIALES CONSTITUCIONALES CUANDO ESTE TÉRMINO NO APARECE MENCIONADO EN LA CONSTITUCIÓN?

Pese a que literalmente nunca aparece mencionado, no podemos adoptar una visión simplista y reduccionista del espíritu de nuestra Constitución. Como se ha señalado en el capítulo anterior, una gran parte de la doctrina considera que en nuestra Constitución aparecen y se garantizan ciertos rasgos particulares para cuya modificación o eliminación sería necesario seguir un proceso de reforma constitucional. Estos rasgos reflejan elementos de la pluralidad cultural de nuestro país, e impiden una uniformidad en dichos aspectos, y a algunos de estos rasgos la doctrina ha convenido en denominarlos hechos diferenciales.

Un problema semántico parecido lo encontramos también respecto a la denominación que se le ha dado a nuestro modelo territorial del poder. En ningún artículo constitucional aparece mencionado Estado Autonómico o Estado de las Autonomías, lo cual no ha sido óbice para que doctrinalmente se haya consensuado esta denominación.

Además, la constitucionalización de los hechos diferenciales nos permite hablar de la estatalidad de éstos. Los hechos diferenciales son previsiones constitucionales que, posteriormente, tienen su desarrollo en los respectivos Estatutos de Autonomía. Sin embargo, el hecho de que tales previsiones se encuentren en la propia Constitución, nos obliga a atender a la estatalidad del hecho diferencial, sin que quepa reducir su interpretación al texto estatutario. Los hechos diferenciales se engloban, por tanto, en el ordenamiento jurídico constitucional estatal y no en el ordenamiento jurídico autonómico.

### III.3. *NUMERUS CLAUSUS*

Se ha debatido mucho si existe o no un número tasado y cerrado de hechos diferenciales. Esta cuestión se debe, fundamentalmente, a la inexistencia de consenso doctrinal sobre qué se entiende por los mismos, lo que ha permitido hablar incluso de todo *lo diferente* como un hecho diferencial. Este trabajo de investigación rechaza frontalmente la posibilidad de hablar de un número ilimitado de hechos diferenciales. Como se verá en la operacionalización del concepto, todo hecho diferencial debe tener una base constitucional, y al igual que en nuestra Constitución aparece un número tasado de derechos y de deberes, también es posible encontrar un número limitado de hechos diferenciales. No caben hechos diferenciales inventados *a posteriori* ni aquellos que responden a voluntades políticas de los poderes constituidos.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 689



### III.4. RELACIÓN ENTRE EL HECHO DIFERENCIAL Y LA ASIMETRÍA

Ésta es una cuestión que merece una explicación con cierto detenimiento. Como se ha explicado en el marco teórico, Esther SEIJAS[33] distingue entre hecho diferencial y asimetría ya que considera la segunda como la consecuencia jurídica del primero. El hecho diferencial es por tanto una diferencia *ex ante* y la asimetría presenta un resultado *ex post*. Además, de esta relación de causalidad, deduce que *toda asimetría resulta necesariamente de la existencia de un hecho diferencial.*

La asociación entre hecho diferencial y asimetría obliga a SEIJAS a considerar como *desuniformidades* aquellas otras diversidades que se fundamentan en el ejercicio de las competencias o en la voluntad de autogobierno de las Comunidades.

Parece inútil complicar aún más semánticamente las muchas diversidades que existen en el Estado Autonómico, distinguiendo entre hechos diferenciales, asimetrías, desuniformidades y disimetrías (que define como la intención política de convertir las asimetrías, resultantes de los hechos diferenciales, en cuotas de poder).

Si seguimos el razonamiento de SEIJAS, el hecho diferencial debe ser considerado un mero supuesto de hecho o un hecho (la existencia de lengua propia, el hecho insular...), y la asimetría es, entonces, la consecuencia jurídica. Sin embargo, la Constitución no recoge sino las consecuencias jurídicas de estos hechos (la cooficialidad de lenguas, un régimen económico y fiscal canario...). Luego, bajo este razonamiento no podríamos hablar de hechos diferenciales constitucionalizados sino de asimetrías constitucionalizadas, lo que parece complicar aún más la cuestión.

Si en vez de tomar el hecho diferencial como un mero presupuesto fáctico, es tomado como un hecho jurídico, entonces éste por sí mismo despliega consecuencias jurídicas. A partir de esta concepción del hecho diferencial, podemos considerar que todo hecho diferencial proyecta asimetrías ante la regulación estatal. En este caso, es cierto que todo hecho diferencial tiene como consecuencia una asimetría jurídica.

Pero esta relación de causalidad (del hecho diferencial a la asimetría), no nos obliga a considerar que toda asimetría tiene causa en un hecho diferencial, como en cambio sostiene SEIJAS. Es decir, *podemos hablar de asimetrías que no vienen causadas por hechos diferenciales,* sino por voluntades políticas de autogobierno. Diremos, por tanto, que *el hecho diferencial es causa suficiente pero no necesaria de la asimetría* en el Estado Autonómico[34]. Es

---

[33] SEIJAS VILLADANGOS, E. (2003), op. cit, pp. 555-556.

[34] En Ciencia Política, por causa o condición suficiente entendemos aquella causa cuya presencia garantiza la aparición del efecto (es decir, siempre que esté A, siempre aparecerá B), aunque el efecto puede también aparecer por otras causas (es decir, puede que no esté A sino que esté C, y también aparezca B). Dicho de otra manera, no es posible encontrar un caso en el que esté la causa sin que esté el efecto. Luego si está A, entonces está B.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 690



decir, siempre que encontremos un hecho diferencial, encontraremos una asimetría (es causa suficiente). Aunque podemos encontrar asimetrías que procedan de otras causas, luego no siempre que estemos ante una asimetría debemos presuponer la existencia de un hecho diferencial (no es causa necesaria).

De este modo, establecemos aclaraciones metodológicas sobre la causalidad de la asimetría, y nos permite hablar de otras asimetrías que encontramos en nuestro modelo territorial del poder (competenciales, políticas públicas, institucionales, legislativas...) pero que no se coligen de un mandato y un límite al legislador como implican los hechos diferenciales, en cuanto a hechos jurídicos en sí mismos.

### III.5. ¿EL HECHO DIFERENCIAL POLÍTICO?

Una última cuestión antes de pasar a la operacionalización del hecho diferencial, es detenernos someramente en el llamado *hecho diferencial político* lo que, a grandes rasgos, algunos autores proyectan sobre el sistema de partidos de algunas Comunidades Autónomas que presentan dos ejes de competición electoral, el clásico eje de derecha e izquierda, junto al eje nacionalista periférico y nacionalista central.

En esta investigación se rechaza considerar el sistema de partidos como un «hecho diferencial político» por varias razones. En primer lugar, porque el sistema de partidos carece de las cualidades que en este trabajo se otorga a los hechos diferenciales (carácter constitucional, permanente y estructural....). En segundo lugar, como ya se ha mencionado a lo largo del trabajo, un eje de competición electoral no es más que un *cleavage*, suficientemente estudiado por la Ciencia Política que no necesita pasar a denominarse como hecho diferencial u otro término similar.

En tercer lugar, sólo podríamos hablar técnicamente de un hecho diferencial político (haciendo referencia al sistema de partidos), si el eje de competición electoral girara sobre un hecho diferencial constitucional que posicionara a los partidos en dos polos. Es decir, si, por ejemplo, la cooficialidad de las lenguas pasara a ser un eje de competición electoral *estructural y permanente*, entonces podríamos considerarlo como un hecho diferencial que manifiesta incidencia, no sobre el sistema institucional, sino sobre el propio sistema de partidos. Sin embargo, los hechos diferenciales constitucionales no suelen marcar de modo predominante la posición nacionalista en estos subsistemas de competición electoral.

---

Por condición o causa necesaria entendemos la imposibilidad de que aparezca el efecto si no está presente esa causa en concreto (si encontramos B, sabemos que también está necesariamente A), aunque puede ocurrir que aparezca la causa y no el efecto (sólo encontremos A). Luego, si está B, necesariamente está A siempre.
Para una explicación más amplia, ver ANDUIZA, E.; CRESPO, I.; y MÉNDEZ, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp.28-31.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 691



Tampoco se debiera definir como hecho diferencial político lo que en realidad responde a un simple voluntad política del autogobierno. Algunas de estas voluntades pueden revelar intenciones de incidir sobre los hechos diferenciales (por ejemplo, una política educativa autonómica que hace una fuerte incidencia en el bilingüismo). Pero todas ellas tienen un carácter coyuntural marcado por la correlación de fuerzas de cada momento concreto. Además, estas diferencias legislativas o gubernativas no encuentran causa en el hecho diferencial en sí mismo, sino en el derecho de autogobierno, el cual tenemos claro que no es en modo alguno un hecho diferencial, puesto que todas las Comunidades lo ejercen. No hay carácter de excepcionalidad en el mismo.

Es importante, a efectos de clarificación teórica, excluir de la consideración de hecho diferencial aquellas asimetrías que radican en la intensidad de la capacidad de autogobierno, lo que además, tampoco constituye un rasgo propio del Estado Autonómico, sino que es inherente a todo sistema políticamente descentralizado.

### III.6. OPERACIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE HECHO DIFERENCIAL

A partir del mínimo consenso entre la doctrina y siguiendo muy cerca la teorización de LÓPEZ AGUILAR[35], intentaremos extraer los rasgos calificadores de los hechos diferenciales, tal y como en esta investigación serán tratados. Por esto, elaboraremos unas variables de análisis y someteremos a dichas variables varios de los supuestos hechos diferenciales señalados por la doctrina. De este modo, no identificamos hechos diferenciales *a priori*, sino una vez que hagamos el análisis.

Nuestras unidades de observación son algunas de las muchas desuniformidades, asimetrías o particularidades señaladas por la doctrina como hechos diferenciales.

Nuestras variables de análisis son elaboradas a partir del mínimo consenso doctrinal (por ejemplo, el carácter estructural y permanente, o el rasgo de singularidad), y dentro del enfoque jurídico-constitucional, fundamentalmente, de LÓPEZ AGUILAR.

Las variables que tomamos son:

- rasgos de singularidad o excepcionalidad, esto es, presupuestos no universalizables ni exportables;
- base constitucional del hecho diferencial, de tal modo que pueda predicarse una consignación constitucional de la que quepa colegir un mandato de tutela o garantía dentro del bloque de constitucionalidad;
- carácter estructural y permanente, es decir, que no sea ni provisional ni modificable por la voluntad política de los poderes constituidos;

[35] LÓPEZ AGUILAR, J.F., (1997), *op. cit.*, pp.25-74.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 692



– que tenga consecuencias jurídicas o institucionales por sí mismo, esto es, que despliegue efectos como hecho jurídico;
– carácter relativo, es decir, se contrapone a otra realidad jurídica[36],
– no hay sujetos titulares del hecho diferencial, sino que es un presupuesto jurídico que impone unas determinadas obligaciones a los poderes públicos en general.

## III.7. ANÁLISIS DE LOS DIVERSOS HECHOS DIFERENCIALES CONSIDERADOS POR LA DOCTRINA

A partir de estas categorías, intentaremos rastrear la Constitución con la intención de someter a crítica aquellas peculiaridades que han sido consideradas como hechos diferenciales. Una vez identifiquemos cuáles son hechos diferenciales, podremos considerar cuál es su alcance en el ordenamiento jurídico estatal y tratar la cuestión de las consecuencias de los hechos diferenciales.

### III.7.1. Nacionalidades y regiones (artículo 2 CE)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Por esta categoría entendíamos presupuestos no universalizables ni exportables. En el artículo 2 CE no encontramos un rasgo de singularidad o excepcionalidad para unos determinados territorios de España, es decir, que se prescribe una fórmulas de definición de forma exclusiva y excluyente para algunos territorios frente al resto. En realidad, son dos fórmulas de autodefinición para todos los territorios, que pueden libremente elegir entre una u otra.
– *Base constitucional*. El derecho de autonomía se predica para las nacionalidades y regiones del territorio español, y existe una garantía constitucional para apelar a tal derecho.
– *Carácter estructural y permanente*. La tutela garantista de la Constitución reconocía el derecho de autonomía a nacionalidades y regiones, pero la forma de denominación quedaba en manos del poder estatuyente (por tanto dentro del bloque de constitucionalidad). Sin embargo, la práctica política ha mostrado que no existe un carácter estructural y permanente en estas modalidades de denominación. El poder estatutario ha sido libre para modificar la forma de denominar a la Comunidad Autónoma respectiva. En este sentido, el Estatuto de Autonomía de Canarias y el Estatuto de Autonomía de Aragón, por las Leyes Orgánicas 4/1996 y 5/1996, respectivamente, pasaron a autodefinir a las respectivas CCAA como nacionalidades.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. La distinción entre nacionalidad o región carece de tales consecuencias. La Constitución no recoge con-

[36] Rubio Llorente, F., (1996), *op. cit.*, pag. 548, sostiene que «*la diferencia implica siempre una relación y afirmar cuál es el otro término de la diferenciación*».

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 693



secuencias jurídicas en función de tal distinción, de hecho no vuelve a aparecer en el resto del articulado.

– *Carácter relativo*. En virtud de las dos formas de posible autodenominación que permite la Constitución, existe una contraposición entre dos realidades, que, por otra parte, parece tener únicamente un valor simbólico, pues como se explicaba en el punto anterior carece de implicaciones jurídicas.

– *Obligaciones para los poderes públicos.* Hay una obligación, fundamentalmente hacia los poderes centrales, de reconocer este derecho de autonomía a las nacionalidades y regiones del territorio español, sin que puedan ponerse obstáculos políticos al ejercicio de dicho derecho.

### III.7.2. Carácter cooficial de las demás lenguas españolas (artículo 3 CE)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. La cooficialidad de estas lenguas reconoce la existencia de un hecho sociolingüístico que, por motivos históricos, se da en determinados territorios de España y no en otros. Esta característica no es «exportable».

– *Base constitucional.* Existe una garantía constitucional de la cooficialidad de las demás lenguas españolas, que se respalda con la inclusión como tales en los respectivos Estatutos de Autonomía.

– *Carácter estructural y permanente*. Por estructural y permanente entendemos que no sea posible la modificación por los poderes públicos, y es este punto el que puede parecer más problemático. La Constitución permite la cooficialidad de las demás lenguas españolas, es decir, reconoce su existencia en la realidad española y otorga un derecho a su uso oficial. Sin embargo, deja en manos del poder estatuyente la decisión, lo que la hace modificable por el mismo. De hecho, existen lenguas (el bable, el aragonés) que en algún proceso de reforma estatutaria podrían pasar a ser consideradas cooficiales.

– *Que tenga consecuencias jurídicas*. La cooficialidad implica numerosas consecuencias jurídicas sobre la enseñanza, la cultura, las relaciones de la Administración...

– *Carácter relativo*. Se contrapone a la otra lengua oficial, el castellano; así como al ámbito territorial de la cooficialidad, la respectiva Comunidad Autónoma frente al ámbito territorial estatal.

– *Obligaciones para los poderes públicos*. Se deduce una obligación hacia los poderes públicos para preservar la riqueza lingüística y su proyección cultural.

### III.7.3. La capitalidad de la Villa de Madrid (artículo 5 CE)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Es claramente un presupuesto jurídico no exportable ni universalizable; sólo la Villa de Madrid, de modo singular, es la capital del Estado.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 694



– *Base constitucional*. Tiene plena base constitucional; la capitalidad se establece en el art. 5 CE.

– *Carácter estructural y permanente*. No puede ser modificado por los poderes constituidos. Sólo podría modificarse en proceso de reforma constitucional.

– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Manifiesta directas consecuencias jurídicas.

– *Carácter relativo*. Se contrapone al resto de ciudades españolas. La capitalidad es exclusiva y excluyente.

– *Obligaciones para los poderes públicos*. Aunque la Constitución no establece ninguna obligación directa de la capitalidad, el Estatuto de Autonomía de Madrid (LO 3/1982) determina que la Villa de Madrid, por la condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes (artículo 6). En virtud de la Disposición Adicional 6ª, ap. 1, de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, continúa vigente el Decreto 1674/1963, de 11 de julio, modificado por el Decreto 2482/1970, de 22 de agosto, hasta que se apruebe una ley de capitalidad.

### III.7.4. El hecho insular (artículo 138.1) y administración mediante los Cabildos o Consejos (artículo 141)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. El hecho insular, por razones geográficas, no es exportable ni universal, y su modelo de administración por Cabildos o Consejos se circunscribe, exclusivamente, a esta peculiaridad.

– *Base constitucional*. El hecho insular es el hecho diferencial más claramente recogido en la Constitución, que debe ser tenido en cuenta para la realización efectiva del principio de solidaridad (art. 138.1 CE).

– *Carácter estructural y permanente*. Inmodificable por los poderes públicos ni el hecho insular en sí, ni la forma de administración por Cabildos o Consejos pues están blindados por la Constitución.

– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Existen numerosas consecuencias jurídicas recogidas en la propia CE: el artículo 143.1 y 143.2 otorgan a los territorios insulares el ejercicio del derecho a la autonomía y la iniciativa del proceso autonómico a los órganos interinsulares; el artículo 69.3 especifica el número de senadores atendiendo al hecho insular; el artículo 138.1 pone en relación la realización efectiva del principio de solidaridad atendiendo a las circunstancias del hecho insular.

– *Carácter relativo*. El hecho insular presenta un evidente carácter de contraposición a la península, y los Cabildos y Consejos se contraponen al modelo provincial de administración.

– *Obligaciones para los poderes públicos*. Junto a las consecuencias jurídicas ya mencionadas, el artículo 138.1 implica una obligación perma-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 695



nente a los poderes públicos centrales por atender al hecho insular, así como una obligación a los poderes públicos de las islas por defender los derechos de éstas.

### III.7.5. Comunidades del artículo 143 y Comunidades del artículo 151

- *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. En este caso nos encontramos ante dos vías procedimentales, que sin embargo no implican singularidad. En principio, y a excepción de las CC.AA de la Disposición Transitoria Segunda, cualquier territorio puede seguir una u otra vía, si cumple con los requisitos especificados. Otra cosa es que, por motivos políticos, el procedimiento del art. 151 se limitara a unos pocos territorios. Pero esta limitación, singularidad o excepcionalidad no se colige de la lectura de este artículo (sólo para el caso de los territorios de la disposición transitoria segunda).
- *Base constitucional*. Sí.
- *Carácter estructural y permanente*. Ambos artículos establecen procedimientos de acceso a la autonomía; es evidente que el seguimiento de una vía no es modificable y será permanente en el tiempo. Pero, estas características no hay que aplicarlas tanto sobre los procedimientos como a las consecuencias de éstos. En este sentido, hay que preguntarse si las consecuencias de uno u otro procedimiento son estructurales y permanentes en el tiempo. La respuesta es negativa ya que las CC.AA del artículo 143 podían equipararse a las del 151 por la vía del 150.2 (caso valenciano y canario). Luego las consecuencias son modificables por los poderes constituidos.
- *Que tenga consecuencias jurídicas*. La principal consecuencia jurídica es el «suspenso» competencial de cinco años para las CC.AA del artículo 143, para poder ampliar competencias autonómicas dentro del marco del artículo 149 CE.
- *Carácter relativo*. Si, una vía se contrapone a la otra, de tal modo que la iniciación de una vía excluye la otra.
- *Obligaciones para los poderes públicos*. La observancia específica de cada procedimiento y de sus consecuencias competenciales.

### III.7.6. Los derechos históricos de los territorios forales (Disposición Adicional Primera)

- *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Claro supuesto jurídico de singularidad, sólo predicable para los territorios forales (Navarra, Álava, Vizcaya y Guipúzcoa).
- *Base constitucional*. Sí, de hecho es la primera Constitución española que incorpora los derechos forales en su texto.
- *Carácter estructural y permanente*. Sí, sólo modificable por vía constitucional.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 696



– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Incorporación del Derecho foral en el ordenamiento jurídico estatal y autonómico. Reconocimiento del régimen jurídico privativo de los órganos forales y de las competencias exclusivas de éstos (artículo 37 Estatuto de Autonomía País Vasco).
– *Carácter relativo*. Sí, se contrapone al resto de territorios que no cuentan con estas instituciones históricas.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. Respeto a las instituciones de los territorios forales en el ejercicio de sus derechos históricos.

### III.7.7. Convenio navarro y Concierto vasco

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Sólo es aplicable a los casos de Navarra y País Vasco, de modo exclusivo y excluyente.
– *Base constitucional*. Sí, se puede deducir de la Disposición Adicional 1ª y también aparece en los respectivos Estatutos de Autonomía (bloque de constitucionalidad). En el Estatuto del País Vasco aparece en el artículo 41, y en el artículo 45 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.
– *Carácter estructural y permanente*. Inmodificable por los poderes constituidos, salvo reforma constitucional o previsión estatutaria contraria a la introducción de estos regímenes financieros especiales.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. No seguir el régimen de financiación común (art. 156-158 CE, LOFCA, y resto de leyes de cesión de tributos a CCAA, entre otras).
– *Carácter relativo*. Contraposición a las CCAA de régimen común de financiación.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. Negociación con el Estado sobre las aportaciones de estas CCAA a las cargas generales del Estado y armonización de sus regímenes tributarios con el régimen general del Estado.

### III.7.8. Derecho civil especial (artículo 149.1.8 y Disposición Adicional Segunda)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Se trata de un supuesto de hecho no universalizable, sólo aplicable a aquellas CC.AA en las que existía Derecho Civil propio antes de la promulgación de la CE (Derecho civil foral de Vizcaya y Álava Ley 42/1959; Derecho civil especial de Cataluña Ley 40/1960; Compilación de Derecho civil de Baleares Ley 5/1961; Compilación de Derecho civil especial de Galicia Ley 147/1963; Compilación de Derecho civil de Aragón Ley 15/1967; y Compilación de Derecho civil foral de Navarra Ley 1/1973).
– *Base constitucional*. Sí, Constitución y respectivos Estatutos de Autonomía.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 697



– *Carácter estructural y permanente*. Podríamos hablar de un hecho diferencial de raíz histórico-jurídica[37], sin embargo, estas compilaciones de Derecho civil son actualmente leyes autonómicas (*v.gr.,* Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco; Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia; Ley Foral 5/1987 de Navarra). En este sentido, pueden ser modificadas por los poderes constituidos. No obstante, la cláusula de Derecho foral, civil o especial del art. 149.1.8 es en sí misma una habilitación competencial al legislador autonómico para la conservación, modificación y desarrollo de este derecho especial. Se trata, en realidad, del reconocimiento de la potestad de positivación del Derecho consuetudinario.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado en esta materia, la existencia de este Derecho civil o especial tiene efectos relativizadores de la legislación común aplicable en el resto del territorio español. El recurso al Código Civil en estas CCAA tiene un carácter supletorio. En este sentido, la Disposición Adicional 2ª CE matiza que la mayoría de edad (art. 12 CE) no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales del Derecho privado (por ejemplo, el Derecho civil de Aragón determina que esa mayoría se alcanza en el momento de contraer matrimonio, art. 4º de dicha Compilación).
– *Carácter relativo*. Sí, frente a aquellas CCAA en las que no existían compilaciones de Derecho Civil previamente a la promulgación de la CE.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. Estos derechos civiles forales o especiales son normas de derecho común en sus respectivas CCAA, de obligado cumplimiento.

### III.7.9. Régimen económico y fiscal del archipiélago canario (Disposición Adicional Tercera)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Sólo se reconoce la existencia de un régimen económico y fiscal excepcional para el archipiélago canario (en este caso, no se atiende al hecho insular en general, sino al hecho ultraperiférico).
– *Base constitucional*. Sí, Constitución y Estatuto de Autonomía (art. 46).
– *Carácter estructural y permanente*. Inmodificable, salvo reforma constitucional.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Este precepto constitucional da continuación a un régimen económico y fiscal peculiar que ya existía antes de la promulgación de la Constitución. Además, obliga a la observancia de un trámite preceptivo en caso de modificación de dicho régimen.
– *Carácter relativo*. Sí, existe un régimen económico y fiscal peculiar frente a un régimen común.

---

[37] TOMÁS Y VALIENTE, F. (1995), *op. cit.*, pag. 28.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 698



– *Obligaciones para los poderes públicos*. Petición de informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico para la modificación de dicho régimen.

### III.7.10. Disposición Transitoria Segunda: territorios que hubieran plebiscitado en el pasado estatutos de autonomía

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Evidentemente supuesto de hecho no exportable, sólo apelable por los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado afirmativamente proyecto de autonomía y contarán, al tiempo de la promulgación de la Constitución, con regímenes preautonómicos.

– *Base constitucional*. Sí.

– *Carácter estructural y permanente*. Inmodificable el supuesto de hecho histórico que recoge esta disposición.

– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Dos consecuencias. La primera, quedar exentos del trámite del artículo 151.1 para acordar la iniciativa del proceso autonómico, e iniciar directamente la elaboración del Estatuto, siguiendo el redactado del art. 151.2 CE. Segunda consecuencia, proceder inmediatamente a la ampliación competencial en el marco del artículo 149 CE, sin esperar los cinco años prescritos para las CCAA del art. 143.

– *Carácter relativo*. Contraposición a aquellos territorios que no contaran con un plebiscito sobre un proyecto de autonomía en el pasado.

– *Obligaciones para los poderes públicos*. Iniciación directa de la fase de elaboración del proyecto de Estatuto.

### III.7.11. Disposición Transitoria Cuarta: incorporación de Navarra al Consejo General Vasco

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. Único supuesto válido para el caso navarro, de modo exclusivo y excluyente.

– *Base constitucional*. Sí.

– *Carácter estructural y permanente*. Pese a estar ya constituida la Comunidad Autónoma de Navarra, esta disposición mantiene aún la vigencia constitucional.

– *Que tenga consecuencias jurídicas*. La incorporación a la Comunidad del País Vasco.

– *Carácter relativo*. Es una vía procedimental contrapuesta a otras posibles vías de incorporación de territorios en una Comunidad.

– *Obligaciones para los poderes públicos*. Mandatos procedimentales específicos de esta disposición al Órgano Foral competente y obligación de proceder a una ratificación por referéndum.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 699



### III.7.12. Disposición Transitoria Quinta: las ciudades de Ceuta y Melilla

– R*asgo de singularidad o excepcionalidad*. Sí, sólo para los casos de estas dos ciudades.
– *Base constitucional*. Sí.
– *Carácter estructural y permanente*. Inmodificable previsión, salvo reforma constitucional.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. La constitución de las ciudades de Ceuta y Melilla en CC.AA será autorizado por las Cortes Generales por ley orgánica, siguiendo el artículo 144 CE.
– *Carácter relativo*. Contraposición a la vía tanto del artículo 143 como 151 CE.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. La Constitución prescribe que las ciudades de Ceuta y Melilla estén representadas por un diputado cada una de ellas en el Congreso (artículo 68.2), y por dos senadores cada una (artículo 69.4).

### III.7.13. Competencias en materia de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, creación de policías autonómicas (artículo 149.1.29 CE)

– *Rasgo de singularidad o excepcionalidad*. No se excepciona esta posibilidad a unas determinadas Comunidades con carácter singular y exclusivo.
– *Base constitucional*. Sí, a completar por el Estatuto de Autonomía respectivo en el marco de una ley orgánica.
– *Carácter estructural y permanente*. No; modificable por los poderes constituidos, por vía de ley orgánica y vía estatutaria.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Competencia estatal sin perjuicio de la competencia autonómica.
– *Carácter relativo*. Sí, contraposición a las Comunidades sin policías autonómicas.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. Cabe deducir una obligación implícita de coordinación (STC 18/1982, entre otras) por ser una competencia compartida.

### III.7.14. Órganos análogos al Defensor del Pueblo de carácter autonómico (Sindic de Greuges catalán; el Justicia de Aragón, el Síndico de Agravios de la Comunidad de Valencia; el Diputado del Común canario)

– Rasg*o de singularidad o excepcionalidad*. No se limita a ninguna Comunidad en particular, figura perfectamente exportable en virtud del artículo 148.1.1 CE, potestad de organización de las instituciones de autogobierno.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 700



– *Base constitucional*. Sólo si dicha figura es regulada por vía estatutaria.
– *Carácter estructural y permanente*. No. Las previsiones jurídicas de estas figuras son modificables por el poder estatuyente, e incluso por los poderes constituidos autonómicos si estas instituciones han sido creadas por ley ordinaria.
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Las que se prevean en su regulación específica, sin perjuicio de la competencia del Defensor del Pueblo.
– *Carácter relativo*. Contraposición a la figura del Defensor del Pueblo, así como al ámbito propio de actuación, circunscrito al territorio autonómico respectivo.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. Se deduce una obligación de coordinación (Ley 36/1985 de 6 de noviembre, reguladora de las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las distintas CCAA).

### III.7.15. El Concejo abierto (artículo 140 CE)

– Ras*go de singularidad o excepcionalidad*. Singular y especial como institución local tradicional. Sin embargo no hay exclusión para su establecimiento en función de razones históricas, sino que a éstas se pueden sumar otros supuestos de hecho (extensión menor a 100 habitantes o que dicha figura sirva para la mejor gestión de los intereses municipales, art. 29 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local).
– *Base constitucional*. Sí, respecto al núcleo esencial de la institución.
– *Carácter estructural y permanente*. Sí, en cuanto al núcleo esencial de la institución, pero la Constitución deja libertad al legislador ordinario para prever los supuestos, requisitos y condiciones de dicho régimen de gobierno local (Ley 7/1985, Bases del Régimen Local).
– *Que tenga consecuencias jurídicas*. Las previstas por la regulación ordinaria.
– *Carácter relativo*. Contraposición a los ayuntamientos como forma usual de gobierno local.
– *Obligaciones para los poderes públicos*. Respeto a la garantía institucional del Concejo.

## III.8. RESULTADOS DEL ANÁLISIS

Una vez que se han identificado los hechos diferenciales a partir del examen mediante variables, es posible sintetizar los resultados e información que este análisis arroja.

En la primera tabla se muestra de modo esquemático la relación de diferencias consideradas así como las variables utilizadas para el análisis. Se ha eliminado la última variable del análisis, *obligaciones a los poderes públicos,* ya que en muchas ocasiones puede colegirse de la variable

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 701



*consecuencias jurídicas del hecho*, y porque además no es la variable de análisis de mayor peso.

Si se observa la tabla, podemos señalar:

a) la variable *base constitucional* carece de significación puesto que todas las diferencias que se toman en el análisis se extraen o de la propia Constitución o del bloque de constitucionalidad,

b) la variable *carácter relativo* no muestra variación entre las distintas unidades de observación, luego no es significativa para el análisis,

c) la variable *consecuencias jurídicas per se* aparece con valor positivo tanto en aquellas unidades de observación que tras el análisis se revelan como hechos diferenciales (al cumplir todas las condiciones del análisis) como en aquellas otras que no.

Estas tres características nos indican únicamente cualidades necesarias pero no suficientes para hablar de hechos diferenciales que hay en la Constitución. Es decir, si estamos ante un hecho diferencial, sabemos que detrás de éste, se encuentran estas tres características (base constitucional, carácter relativo y consecuencias per se). Sin embargo, pueden darse estas cualidades en otra unidad de observación que no sea finalmente un hecho diferencial.

Las variables que más varían entre las unidades de análisis son *la singularidad o excepcionalidad* y *el carácter estructural y permanente.* Podemos deducir que éstas son las variables que marcan la diferencia real entre un hecho diferencial y una simple diversidad permitida por la Constitución. Son, entonces, las cualidades no sólo necesarias sino también suficientes del hecho diferencial. De tal modo que al encontrar estas dos variables de modo afirmativo en una unidad de observación, siempre aparece la presencia de un hecho diferencial.

Basándonos en este análisis, los hechos diferenciales constitucionales serían:

- la capitalidad de la Villa de Madrid,
- el hecho insular y la forma de administración por cabildos o consejos,
- los derechos históricos de los territorios forales,
- el convenio navarro y el concierto vasco,
- el régimen económico y fiscal canario,
- la excepcionalidad del procedimiento del art. 151 para los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado afirmativamente proyectos de estatutos de autonomía y contaran con un régimen provisional de autonomía en el momento de la promulgación de la Constitución,
- la incorporación de Navarra al régimen autonómico vasco,
- la constitución de las ciudades de Ceuta y Melilla en CCAA.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 702



| | Singularidad o excepcionalidad | Base constitucional | Estructural y permanente | Consecuencias jurídicas per se | Carácter relativo | HECHO DIFERENCIAL |
|---|---|---|---|---|---|---|
| NACIONALIDADES / REGIONES | NO | SI | NO | NO | SI | |
| COOFICIALIDAD LENGUAS | SI | SI | NO | SI | SI | |
| CAPITALIDAD DE MADRID | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| HECHO INSULAR Y CABILDOS/CONSEJOS | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| VIA ART. 143/ VIA ART. 151 | NO | SI | NO | SI | SI | |
| DERECHOS HISTORICOS TERR. FORALES | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| CONVENIO Y CONCIERTO | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| DERECHO CIVIL ESPECIAL | SI | SI | NO | SI | SI | |
| REFCan | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| DISP. TRANS. SEGUNDA | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| DISP. TRANS. CUARTA | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| DISP. TRANS. QUINTA | SI | SI | SI | SI | SI | *HECHO DIFERENCIAL* |
| POLICIA AUTONOMICA | NO | SI | NO | SI | SI | |
| DEFENSOR PUEBLO AUTONÓMICO | NO | SI (cuando esté en el Estatuto) | NO | Regulación propia | SI | |
| CONCEJO ABIERTO | NO | SI | SI (núcleo esencial) | Regulación propia | Si | |

TABLA 1. Elaboración propia.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 703



Sin embargo, esta categorización tan rígida margina como hechos diferenciales tanto las lenguas cooficiales como los derechos civiles especiales que son considerados como hechos diferenciales por una parte relevante de la doctrina, como en el capítulo anterior se explicó. Estas dos diversidades no cumplen con la condición de carácter estructural y permanente. En el caso de la lengua, como se indicó arriba, la consideración de cooficialidad de la lengua autonómica queda en manos del poder estatutario, y por tanto es modificable. En cuanto al derecho civil especial, se trata de compilaciones del derecho consuetudinario, positivado en leyes autonómicas, y que la Constitución habilita al legislador autonómico para su conservación, modificación y desarrollo. Estas dos diversidades comparten el resto de cualidades de los hechos diferenciales *puros*, salvo la cualidad estructural y permanente, y sin embargo son ampliamente considerados como hechos diferenciales, si cabe más que, por ejemplo, el caso excepcional de Navarra por la disposición transitoria cuarta.

A partir de estas consideraciones, es posible hacer algunas matizaciones. En primer lugar, se puede entender que, si bien la cooficialidad de las lenguas es decisión del poder estatutario, una vez es adoptada, tiene un carácter permanente. Es difícil imaginar, en el plano político, la toma de esta decisión de un modo experimental o transitorio, con las innumerables consecuencias jurídicas que tiene para la Administración Pública. Asimismo también resulta difícil de creer que se tome esta decisión sin que exista una importante base sociolingüística que refleje la utilización de la lengua territorial. De este modo, sí podríamos entender el carácter permanente de la cooficialidad, deducido de un el carácter estructural del hecho lingüístico.

En segundo lugar, es posible entender que el derecho civil especial tiene un carácter estructural en cuanto a su raíz histórico-jurídica[38]. Hasta el momento de la promulgación de la Constitución, existía un derecho civil especial en algunos territorios que no existía en otros. A pesar de positivarse como leyes autonómicas posteriormente, la diferencia entre estos territorios del resto es una realidad jurídica consuetudinaria que existió en la historia; dicha realidad no es modificable. Además, el carácter permanente para el derecho civil especial vendría excepcionado por la propia Constitución que habilita al legislador autonómico no sólo para la conservación y desarrollo, sino para la modificación de dicho derecho especial (art. 149.1.8 CE).

Una vez que hemos identificado cuáles son los hechos diferenciales, debemos preguntarnos si éstos manifiestan un carácter cualitativo o cuantitativo, así como si implican una intensificación competencial o de otro tipo.

Respecto al carácter cualitativo o cuantitativo, debemos entender si el hecho diferencial es «medible» o, por el contrario, manifiestan una «cualidad» distinta del resto de realidades a las que se contraponen. Es fácilmente deducible que no existen diferencias cuantitativas en la capitali-

[38] TOMÁS Y VALIENTE, F. (1995), op. cit. pág. 28.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 704



dad, en el hecho insular, en la cooficialidad de las lenguas, en los derechos históricos de los territorios forales...Todos y cada uno de los hechos diferenciales que hemos señalado no tienen por sí mismos medidas de cuantificación. Algo distinto es que de su regulación específica se puedan extraer algunas consecuencias cuantitativas que marquen la diferencia; por ejemplo es posible hacer un estudio empírico de las diferencias impositivas entre el régimen fiscal común y el régimen fiscal canario, pero el hecho diferencial del régimen fiscal canario no es medible, es una excepcionalidad cualitativa del Estado Autonómico.

Finalmente, todo este análisis que se ha realizado sobre los hechos diferenciales, nos lleva a plantearnos una última pregunta, saber qué consecuencias caben colegirse de los hechos diferenciales. En la Tabla 2 se muestran las consecuencias de cada uno de los hechos diferenciales, que pasan a explicarse a continuación.

Para responder a esto, primero es necesario saber si existen o no tales consecuencias. Entenderemos por consecuencia una intensificación cualitativa motivada por la presencia del hecho diferencial, ya que, como se ha señalado arriba, todos los hechos diferenciales muestran un carácter cualitativo. De este modo, si alguno de ellos manifiesta consecuencias, éstas deben ser de carácter cualitativo. La segunda pregunta es, una vez que determinemos que sí existe una intensificación cualitativa de un hecho diferencial, tendremos que observar si dicha intensificación es de carácter competencial, institucional o procedimental.

La capitalidad de la Villa de Madrid no implica ninguna intensificación ni competencial ni procedimental. No existe ninguna competencia especial para la villa de Madrid por ser la capital del Estado, ni se prevé ningún procedimiento especial en virtud de esta característica. Se produce únicamente una intensificación institucional de la villa de Madrid. Además, Madrid tiene un régimen de financiación especial por ser la capital del Estado, lo que es una consecuencia más de esta particularidad constitucional. No obstante, la capitalidad no es un hecho diferencial singular del Estado Autonómico, como rasgo específico que lo distinga de otros modelos de descentralización política. Por este motivo, muchos autores no consideran la capitalidad como un hecho diferencial, a pesar de que cumpla afirmativamente con todas las variables de análisis.

El hecho insular no tiene en sí mismo una intensificación competencial ni procedimental, sin embargo sí manifiesta una particularidad institucional que es la forma de gobierno mediante los cabildos y consejos insulares.

Existen tres hechos diferenciales cuyas consecuencias son la articulación de procedimientos específicos y especiales, es decir, únicamente manifiestan una intensificación procedimental. Uno de estos casos es el caso del régimen económico y fiscal canario, para cuya modificación se requiere un informe previo de la Comunidad Autónoma canaria, es decir, se inserta como un trámite preceptivo aunque no vinculante. El segundo de los casos es el establecimiento de un procedimiento único y exclusivo para

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 705



la incorporación de Navarra a la Comunidad del País Vasco, estableciendo los requisitos y órganos competentes para dicho supuesto de hecho. El último de estos tres hechos diferenciales con intensificación procedimental es el caso para la constitución de Ceuta y Melilla en Comunidades Autónomas, mediante un procedimiento distinto al de los artículos 143 y 151 CE.

Los derechos históricos forales manifiestan tanto una intensificación competencial como institucional, ya que se amparan las instituciones forales como una forma de organización específica al margen del sistema institucional autonómico y, además, se respeta el marco competencial de tales institucionales, cuyas normas pasan al sistema de fuentes autonómico.

Respecto al Convenio navarro y el Concierto vasco, manifiesta tanto intensificación competencial como procedimental. La intensificación competencial se debe a que, en virtud del Concierto y el Convenio, las instituciones de los Territorios Históricos son competentes, dentro de su territorio, para mantener, establecer y regular el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado (art. 40 Estatuto de Autonomía del País Vasco, y art. 45 Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra). En cuanto a la intensificación procedimental, los propios Estatutos regulan un procedimiento específico para la determinación del cupo correspondiente a cada Territorio Histórico (establecimiento de una Comisión Mixta, art. 41.2. apartado e, Estatuto de Autonomía del País Vasco), y se atribuye una naturaleza paccionada al Convenio negociado entre Gobierno de la Nación y Diputación Foral (art. 45.4 Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).

La cooficialidad de las lenguas muestra una intensificación institucional. Como lengua oficial de la Comunidad Autónoma, junto al castellano, obliga al uso bilingüe por las instituciones públicas. También refleja una intensificación competencial a favor de aquel poder público sobre el que recaigan ciertas competenciales (como educación, medios de comunicación, relaciones Administración-ciudadano) que han de exteriorizar esta cualidad bilingüe.

| | Intensificación competencial | Intensificación institucional | Intensificación procedimental |
|---|---|---|---|
| *Capitalidad de Madrid* | NO | SÍ | NO |
| *Hecho insular cabildos/consejos* | NO | SÍ | NO |
| *Derechos históricos terr. forales* | SÍ | SÍ | NO |
| *Convenio y concierto* | SÍ | NO | SÍ |
| *Cooficialidad de las lenguas* | SÍ | SÍ | NO |
| *Derecho civil especial* | SÍ | NO | NO |
| *Territ. plebiscitado en el pasado* | SÍ | NO | SÍ |
| *Reg. econ. fiscal canario* | NO | NO | SÍ |
| *Incorporación Navarra a País Vasco* | NO | NO | SÍ |
| *Ceuta y Melilla* | NO | NO | SÍ |

TABLA 2. Elaboración propia.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 706



En cuanto al derecho civil especial, sólo muestra una intensificación competencial a favor de aquellos territorios que antes de la Constitución contaran con este derecho consuetudinario en su ordenamiento.

Por último, la Disposición Transitoria segunda CE, por la cual los territorios que hubieran plebiscitado en el pasado un proyecto de autonomía y contaran, al tiempo de la promulgación de la Constitución, con un régimen provisional de autonomía, cuentan con una intensificación procedimental, en tanto que evitan el gravoso proceso de iniciativa del art. 151, a la vez que una intensificación competencial, puesto que pueden acceder a la ampliación de competencial en el marco del art. 149 CE.

### III.9. COMPARACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN CON LAS POSICIONES DE LA DOCTRINA

Una vez deducidos cuáles son los hechos diferenciales y cuáles son sus consecuencias, podemos comprobar si nuestro análisis coincide con el de la doctrina. La única finalidad de esta comparación es ver hasta qué punto es posible el consenso teórico al hablar de los hechos diferenciales.

En relación a la posición del profesor RUBIO LLORENTE (y en parte, Francesc DE CARRERAS), este trabajo sólo coincide en cuanto a la consideración de hechos diferenciales de la disposición primera y tercera de la Constitución (lo que RUBIO LLORENTE denomina como hechos diferenciales constitucionalizados). Quedan al margen de este trabajo las otras consideraciones de este profesor tales como el hecho diferencial institucionalizado (la existencia de partidos nacionalistas) y el hecho diferencial en sí (la diferenciación de ciertas CCAA), basados sobre características de competición electoral y voluntad política. Sin embargo, como ya se señaló en el marco teórico, el profesor RUBIO LLORENTE no explica suficientemente qué variables o elementos teóricos le llevan a considerar las dos disposiciones constitucionales mencionadas como hechos diferenciales, a la vez que le permiten rechazar de tal consideración otras particularidades constitucionales como, por ejemplo, el hecho insular.

Este trabajo de investigación coincide en mayor medida con la tesis del profesor Gumersindo TRUJILLO. Es necesario recordar que para él eran hechos diferenciales los derechos civiles, forales o especiales; las peculiaridades económico-fiscales de País Vasco, Navarra y Canarias; el reforzamiento de la rigidez estatutaria de las CC.AA del art. 151 CE; y las especialidades de la organización territorial de las Comunidades insulares, forales y uniprovinciales. Este trabajo coincide en los dos primeros de estos elementos al considerarlos como hechos diferenciales, pero no en aquellos que hacen referencia a la rigidez estatutaria del art. 151 CE y las especialidades de la organización territorial de las Comunidades uniprovinciales.

En relación a la peculiaridades de la organización territorial de las Comunidades uniprovinciales (fundamentalmente, la inexistencia de la diputa-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 707



ción provincial), podemos rechazar la consideración de hecho diferencial en base a dos motivos. Uno de ellos, en virtud del art. 148.1.1 y 148.1.2 CE, compete a las CCAA la organización de sus instituciones de autogobierno y la alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a las Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local. En virtud de estos artículos y la Ley 7/1985 reguladora de las Bases de Régimen Local (artículo 40), las funciones de las diputaciones en las Comunidades uniprovinciales pasan a encuadrarse en las funciones de los propios órganos autonómicos.

El segundo de los motivos, es que, en principio, la supresión de la diputación provincial no es un supuesto de excepcionalidad o singularidad para una o algunas CCAA, sino que lo cumplen por ley todas las CCAA que son uniprovinciales. No hay, por tanto, una excepcionalidad dentro del grupo de las CCAA uniprovinciales, en todo caso es una excepcionalidad frente al resto de CCAA, pero que tan sólo refleja una racionalidad administrativa del autogobierno.

Por otro lado, la rigidez estatutaria del art. 151 CE, en este trabajo, no es tomada como un hecho diferencial en sí mismo, sino como una consecuencia jurídica de una de las dos vías de acceso a la autonomía. En este trabajo se contraponían la vía del art. 143 y la del art. 151 CE, y se sometían al análisis de las variables consideradas. Estas particularidades procedimentales no cumplían con los requisitos de singularidad o excepcionalidad ni con el carácter estructural o permanente. En cuanto a la rigidez del proceso estatutario del art. 151, sometido a referéndum popular, éste no es un hecho aislado que pueda tener consideración de hecho diferencial, sino que se inserta dentro del procedimiento general. En este sentido, dicha rigidez únicamente puede considerarse una consecuencia jurídica de todo el procedimiento. Y respecto a los dos procedimientos, en todo caso podría hablarse de un procedimiento simple para los procesos de reforma estatutaria de las CCAA del art. 143, y un procedimiento gravoso para las reformas estatutarias de las CCAA del art. 151, pero no necesariamente de un hecho diferencial como tal.

Sin embargo, es cierto que en este análisis, los procedimientos se toman como vías de acceso a la autonomía. Si nos situáramos en el momento actual, es decir, como vías de reforma estatutarias, sería posible elaborar una análisis distinto. En primer lugar, hay base constitucional, carácter relativo y consecuencias jurídicas en cada uno de los dos procedimientos. Además, puede hablarse de un carácter singular: sólo las CCAA que accedieron a la autonomía por el art. 151, reforman sus Estatutos por esta vía. Y hay un carácter estructural y permanente en el sentido de que salvo reforma constitucional, este procedimiento es inmodificable.

Aunque las interpretaciones que pueden hacerse de estos dos artículos son diversas, creo que es más conveniente hablar de un procedimiento simple y un procedimiento agravado de reformas estatutarias, ya que

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 708



esta distinción se asemejaría a los procesos de reforma constitucional. Además, no es impensable que, ante un silencio de la Constitución, se introdujera la previsión de un referéndum popular ante un proyecto de reforma, en una nueva redacción de un Estatuto de Autonomía de una Comunidad del art. 143. De tal modo, que la consideración del procedimiento del art. 151 como hecho diferencial perdería su sentido, como exclusivo y singular respecto al referéndum popular.

La coincidencia de esta investigación con la posición del profesor López Aguilar es mayor, ya que la línea teórica es muy similar. Para López Aguilar son hechos diferenciales la cooficialidad lingüística (no el hecho lingüístico, tal y como este trabajo también ha considerado); el acervo jurídico-foral y las singularidades institucionales derivadas del Derecho foral o especial; el supuesto geográfico insular y las especialidades económico-fiscales. Hasta aquí, la coincidencia es absoluta. A estos hechos diferenciales, se suman «tres hechos diferenciales estrictamente jurídicos» y son: la ratificación popular de art. 151 CE; el carácter paccionado del régimen foral de Navarra (Disposición Adicional primera) y el previo informe en la modificación del régimen económico-fiscal canario (Disposición Adicional tercera).

La discrepancia entre la línea de López Aguilar y este trabajo se sitúa en la consideración de «hechos diferenciales estrictamente jurídicos». En esta investigación, se partía de la presunción de que todo hecho diferencial era en sí mismo un hecho jurídico, y por ello tenía consecuencias jurídicas per se (las que fueran). Una de estas consecuencias puede ser de carácter procedimental (en otros casos, es una consecuencia competencial o institucional). Los tres hechos diferenciales estrictamente jurídicos de López Aguilar se caracterizan por hacer referencia a un procedimiento especial.

Por tanto, la Disposición Adicional tercera que López Aguilar considera como hecho diferencial estrictamente jurídico, puede ser perfectamente considerado como un hecho diferencial (igual que otro) pero cuya manifestación jurídica es la intensificación procedimental.

Respecto a la rigidez del procedimiento del art. 151 CE, se puede hacer la misma crítica que al profesor Trujillo, de modo que el referéndum popular no ha de ser entendido, necesariamente, como un hecho diferencial aislado, sino como parte de todo un procedimiento. Y podríamos entender los dos procedimientos de reformas estatutarias como simple y agravada.

Por último, en cuanto al carácter paccionado del que habla López Aguilar sobre el régimen foral de Navarra, puede considerarse que la Ley de Reintegración y Amejoramiento de Fuero de Navarra (LO 13/1982, modificada por LO 1/2001), de nuevo hace referencia a un procedimiento, en concreto a la naturaleza procedimental de esta norma. En este sentido, al analizar en este trabajo los derechos históricos de los territorios forales, sólo se argumentaban intensificaciones competenciales e institucionales como consecuencias de aquellos. Para atender a la consideración de López Aguilar, y en virtud del artículo 2 de la LO 13/1982, que hace referen-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 709



cia expresa a la Ley de 25 de octubre de 1839 y a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, podríamos considerar, para el caso navarro, como consecuencia de sus derechos históricos se da también una intensificación procedimental, que otorgaría un carácter paccionado al proceso de reforma estatutaria. No obstante, dicha reforma estatutaria debe ser aprobada, finalmente, por las Cortes Generales, como los otros proyectos de reformas del resto de Comunidades.

En relación al profesor Eliseo AJA, la coincidencia de este trabajo con su postura es menor. En primer lugar, en este trabajo no se toma como hecho diferencial el hecho lingüístico en sí, sino la lengua cooficial, mientras que AJA habla del hecho diferencial en relación a la realidad sociolingüística. Por ello, dice que también es un hecho diferencial la lengua propia en Aragón, cuando el Estatuto de Autonomía de esta Comunidad sólo estipula que las lenguas y modalidades lingüísticas propias gozarán de protección (artículo 7).

En segundo lugar, el resto de hechos diferenciales que considera sí son coincidentes con los de este trabajo, como son: los consejos insulares, el derecho civil especial, el régimen económico-fiscal canario, el sistema del concierto y convenio económico y el derecho civil especial. No obstante, también toma como hecho diferencial la policía autonómica cuando, en este trabajo, esta particularidad no cumplía los requisitos de excepcionalidad ni carácter estructural. Tan sólo refleja una competencia autonómica de ciertas CCAA, pero que no es exclusiva ni excluyente.

En tercer y último lugar, AJA continuamente habla de sujetos titulares de los hechos diferenciales, y adjudica Comunidad a Comunidad los hechos diferenciales que presenta. Por el contrario, en este trabajo se partía de la consideración de que no había sujetos titulares, sino obligaciones genéricas a los poderes públicos en virtud de los hechos diferenciales. Lo cual nos lleva a reconsiderar nuestra premisa teórica, teniendo ahora en cuenta todo el análisis de investigación.

La pregunta sería: ¿hay sujetos titulares de los hechos diferenciales, en la línea del profesor AJA? Parece que sí, aunque de modo distinto a como lo atribuye Aja, es decir, no siempre coincide con una Comunidad Autónoma, sino es necesario examinar la titularidad caso a caso.

En primer lugar, la Constitución proyecta unos procedimientos especiales y excepcionales destinados a unos territorios determinados. Estos territorios serían los sujetos titulares de un derecho (en este caso, un procedimiento especial) al que podrían apelar incluso ante el Tribunal Constitucional en caso de vulneración por los poderes públicos estatales. En estos casos, la modificación del régimen económico y fiscal canario requiere un informe previo de la Comunidad Autónoma del archipiélago, luego ésta es la titular de dicho procedimiento especial. O en el caso de la disposición transitoria cuarta, el Órgano Foral competente de Navarra llevará la iniciativa aprobada por mayoría, éste es el sujeto titular del procedimiento especial. En el caso

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 710



de la disposición transitoria segunda, era claro en la transición que los sujetos titulares de esta «excepción» procedimental eran País Vasco, Cataluña y Galicia. Por último, la disposición transitoria quinta está expresamente destinada a Ceuta y Melilla, como sujetos titulares de un procedimiento singular de constitución en Comunidades Autónomas.

Por su parte, el derecho civil, especial o foral especial manifiesta una intensificación competencial. Este hecho diferencial claramente tiene un titular, que es aquel poder público sobre el que recae su potestad, que son las CCAA del art. 149.1.8.CE, en las que existiera el derecho civil, especial o foral, y son País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra, Islas Baleares, Comunidad Valenciana y Aragón.

En cuanto a los derechos históricos de los territorios forales, la intensificación competencial es respecto a los territorios forales, luego éstos son los sujetos titulares, Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra.

Respecto al Convenio y Concierto, los sujetos titulares beneficiarios son la Comunidad del País Vasco (art. 41.1 Estatuto del País Vasco) y la Comunidad Foral Navarra (art. 45.1 Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).

La cooficialidad de las lenguas proyecta intensificaciones competenciales, cuyos sujetos titulares son los poderes públicos sobre los que recaigan las competencias afectadas, principalmente, los poderes autonómicos. Pero además, la lengua propia, como lengua cooficial, tiene como sujetos titulares los propios ciudadanos de esas Comunidades, ya que ostentan el derecho a su uso.

También sería hablar de sujetos beneficiarios de los hechos diferenciales que sólo manifiestan intensificaciones institucionales, como es el caso de la capitalidad y el hecho insular. Podemos entender que el sujeto beneficiario titular de la capitalidad es la Villa de Madrid, y también que el sujeto beneficiario de la administración interinsular mediante Cabildos y Consejos son las CCAA de Canarias e Illes Balears. No obstante, es más evidente la titularidad en el caso de hechos diferenciales que proyectan una intensificación competencial a favor de unos poderes o instituciones, o que hacen titulares de un procedimiento especial y singular a un determinado territorio.

En la mayoría de los casos, los sujetos titulares son las propias CCAA, pero es más analítico atribuir la titularidad por cada caso específico para evitar confusiones teóricas que tiendan a hablar de un *hecho autonómico global.*

Finalmente, y en la línea de esto último, la coincidencia de este trabajo con posiciones *globalizadoras* del hecho diferencial como, por ejemplo, la postura de Castells, es nula.

## IV. CONCLUSIONES

La potencialidad política que se ha atribuido a los hechos diferenciales en nuestro modelo territorial es, fundamentalmente, lograr la integración

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 711



de la diversidad que existe en nuestro Estado, con un nivel de protección constitucional. Sin embargo, esta virtualidad se ha visto descompensada por el bajo consenso que ha habido entre la doctrina para lograr una teorización de los hechos diferenciales, lo que ha permitido en numerosas ocasiones un uso desvirtuado de estos términos.

En este trabajo se ha seguido un enfoque jurídico-constitucionalista por considerarlo más analítico y de mayor precisión teórica para definir el hecho diferencial. Definiciones ambiguas, excesivamente incluyentes de lo que significa el hecho diferencial, o aquellas que toman como hecho diferencial la existencia de partidos nacionalistas en un territorio (lo que tradicionalmente en Ciencia Política se explica por los *cleavages,* y no es necesario hablar de «hechos diferenciales ideológicos» o términos similares), pues bien, ninguna de ellas propician un estudio sistemático de los hechos diferenciales.

Si por hechos diferenciales consideramos aquellos rasgos particulares que son propios del Estado Autonómico, entendiendo éste como un modelo teórico, frente a otros modelos teóricos como el estado regional o el estado federal, queda excluida la posibilidad de delimitar como hechos diferenciales aquellas asimetrías que se derivan de la pluralidad normativa o de la autonomía política en la definición de las políticas públicas, que se dan también en los sistemas federales.

Un sistema descentralizado políticamente genera en sí mismo diversidad, y ni siquiera la asimetría competencial podría ser considerada un hecho diferencial si hacemos la siguiente precisión. La asimetría competencial responde a una distribución de responsabilidades y funciones entre las unidades subestatales pero no es necesariamente una particularidad con protección constitucional, sino que refleja la decisión de la voluntad política coyuntural. En este sentido, la asimetría competencial es una manifestación descriptiva del funcionamiento de un modelo descentralizado políticamente, que además puede variar en el tiempo. Salvo que esta definición se haga de los hechos diferenciales, la asimetría competencial no es una particularidad constitucional de nuestro modelo, sino una mera *foto* de la distribución de funciones en un momento dado.

Tampoco parece serio considerar como hecho diferencial cualquier asimetría que resida en la voluntad política de los poderes constituidos subestatales. El perjuicio de esto es que podemos confundir particularidades que tienen una protección constitucional y que suponen un límite a la acción homogeneizadora del Estado, con todas aquellas asimetrías o aspiraciones diferenciadoras creadas a posteriori.

Por tanto, en este investigación se ha justificado por qué es más aconsejable científicamente proceder al estudio e identificación de los hechos diferenciales mediante un enfoque jurídico constitucional. Los motivos son varios:

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 712



– en primer lugar, porque nos permite definir el hecho diferencial a partir de unas variables consideradas a priori, y no determinar *de partida* cuáles son los hechos diferenciales del Estado autonómico sin justificar la inclusión de unos y la exclusión de otros. Además resulta la forma más acertada de no permitir una definición *global* del hecho diferencial, lo que finalmente termina en una confusión teórica sobre dónde empieza y dónde termina el hecho diferencial. La poca sistematización teórica del concepto permite que el uso de hecho diferencial sea poco apropiado y el término se devalúe;

– en segundo lugar, porque nos limita los hechos diferenciales a una serie de particularidades de base constitucional, que conforman un rasgo propio de nuestro modelo de Estado;

– en relación a éste último, excluye así de la definición de hecho diferencial cualquier otra *aspiración diferenciadora* que se fundamente sobre la voluntad política de los poderes constituidos.

Asimismo, en la exposición se ha defendido y justificado que los hechos diferenciales sólo son una asimetría más de las muchas que se pueden generar *de facto* en nuestro Estado. Por esto, hay que distinguir claramente entre el hecho diferencial constitucionalmente protegido, que proyecta una asimetría (competencial, institucional, o procedimental), y entre otras asimetrías cuya causa no es un hecho diferencial. Decíamos, en estos casos, que los hechos diferenciales son causa suficiente de la asimetría (si hay un hecho diferencial, hay una asimetría), pero no causa necesaria de ésta (de toda asimetría, no se puede deducir detrás de ésta la presencia de un hecho diferencial). Haciendo esta distinción teórica evitaremos posiciones *globales diferenciales* y creaciones políticas de los hechos diferenciales.

En este trabajo se han definido una serie de variables, algunas de ellas de consenso entre la mayor parte de la doctrina, sobre las cuales se hace el análisis de identificación de los hechos diferenciales. Estas variables han sido: rasgo de singularidad o excepcionalidad del hecho considerado como diferencial; base constitucional del mismo; carácter estructural y permanente de modo que no sea ni coyuntural ni modificable por la voluntad política de los poderes constituidos; la consideración de un hecho jurídico, es decir, que tenga consecuencias jurídicas por sí mismo; carácter relativo, esto es, que el hecho diferencial se contraponga a otra realidad jurídica; y finalmente, la no titularidad del hecho diferencial, sino la consideración de que éste despliega obligaciones genéricas para los poderes públicos.

A partir de estas variables fijadas a priori, se ha procedido al análisis de algunas particularidades consideradas por la doctrina como hechos diferenciales. Estas particularidades han sido: la distinción entre nacionalidades y regiones del artículo 2 CE; el carácter cooficial de las demás lenguas españolas (art. 3CE); la capitalidad de la Villa de Madrid (art. 5CE); el hecho insular y la administración mediante los cabildos o consejos insu-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 713



lares (art.138.1 y art.141 CE); los dos accesos a la autonomía (art. 143 y art. 151 CE); los derechos históricos de los territorios forales (disposición adicional primera CE); el Convenio navarro y el Concierto vasco; el Derecho civil especial (art. 149.1.8 CE); el régimen económico y fiscal del archipiélago canario (Disposición Adicional tercera CE); el procedimiento estatutario para los territorios que hubieran plebiscitado en el pasado estatutos de autonomía (Disposición Transitoria segunda CE); el caso de incorporación de Navarra al Consejo General Vasco (Disposición Transitoria cuarta CE); el procedimiento de Ceuta y Melilla como Comunidades Autónomas (Disposición Transitoria quinta CE); las competencias en materia de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en concreto, la competencia de policía autonómica (art. 149.1.29 CE); órganos análogos al Defensor del Pueblo de carácter autonómico; y el concejo abierto (art. 140 CE).

Después del análisis, es decir, después de someter todas estas particularidades a cada una de las variables de análisis, podemos señalar como hechos diferenciales: la capitalidad de la Villa de Madrid; el hecho insular y la forma de administración mediante cabildos o consejos; los derechos históricos de los territorios forales; el Convenio y el Concierto; el régimen económico y fiscal canario; el procedimiento especial para los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado un estatuto de autonomía; la incorporación de Navarra al régimen autonómico vasco y el procedimiento de Ceuta y Melilla para constituirse en Comunidades Autónomas.

Todos estos podemos denominarlos como hechos diferenciales puros, es decir, que cumplen todas y cada una de las variables de análisis. Pero además, el resultado final de la investigación no sólo nos permite señalar estos hechos diferenciales puros, sino que nos da información extra sobre las variables utilizadas para el análisis.

Al observar cómo se comportan cada una de las unidades de observación en el análisis, se ha podido comprobar varias matizaciones que cabe hacer sobre las variables de análisis. La variables base constitucional, carácter relativo, consecuencias jurídicas y obligaciones para los poderes públicos no resultan significativas para el análisis, ya que no nos permiten hacer una discriminación analítica entres las unidades de observación que cumplen con estas cualidades y resultan ser hechos diferenciales, de aquellas otras unidades que también cumplen con las mismas cualidades y posteriormente no resultan ser hechos diferenciales. Estas cuatro variables son necesarias para hablar de hecho diferencial (es decir, siempre que hay un hecho diferencial, estas características aparecen en dicho hecho), pero no son suficientes (luego, por la simple presencia de estas características en una particularidad, no podemos colegir su definición de hecho diferencial).

En cambio, hay dos variables, la singularidad o excepcionalidad del hecho y el carácter estructural y permanente del mismo, que son las que marcan la diferencia entre el hecho diferencial y otras particularidades

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 714



de diversidad. Estas dos variables no sólo son necesarias, sino suficientes para definir el hecho diferencial (siempre que estemos ante estas características, tendremos un hecho diferencial).

Sin embargo, hemos visto en el análisis que hay dos particularidades estudiadas que cumplen con el rasgo de singularidad o excepcionalidad pero no manifiestan el carácter estructural y permanente, y son la cooficialidad de las demás lenguas del territorio español y el derecho civil especial. Estas dos particularidades son normalmente consideradas por gran parte de la doctrina como hechos diferenciales, y sin embargo, en este estudio, sólo cumplen con una de las dos condiciones suficientes para hablar de un hecho diferencial.

No obstante, podemos deducir que el carácter estructural del hecho lingüístico territorial (que aparece recogido en el Preámbulo de la Constitución, pero no en su articulado), favorece el carácter permanente de la cooficialidad, por lo que podemos pensar en que, pese a residir dicha decisión en el poder estatutario, no es modificable ni coyuntural debido a las consecuencias jurídicas e institucionales que despliega. Por otra parte, el derecho civil especial recoge una realidad jurídica de base consuetudinaria que existió en algunos territorios antes de la promulgación de la Constitución; esta realidad no es modificable. Además, no estamos ante un hecho diferencial inmodificable, sino que la propia Constitución habilita su modificación a los poderes autonómicos; pero sí es una realidad histórico-jurídica inmutable en el tiempo, que la Constitución reconoce su existencia en el pasado y la preserva.

Luego, también es posible hablar de hechos diferenciales en cuanto a la cooficialidad de las lenguas territoriales y el derecho civil especial, con las matizaciones y precisiones hechas.

En relación a esto último, el análisis del trabajo nos arroja una conclusión más, que además constituía una intuición desde el principio del trabajo, y es que los hechos diferenciales no son aspiraciones globales o características generales imprecisas, sino que son los que son. Es decir, son un número *clausus* de particularidades que encuentran acomodo en la Constitución y que cumplen ciertas características que los hacen excepcionales. No existen hechos diferenciales creados a posteriori, ni puede hablarse de un *hecho diferencial autonómico* en virtud de interpretaciones extensivas de los distintos hechos diferenciales que encontremos en una determinada Comunidad.

A pesar de que es un gran avance definir de modo sistemático los hechos diferenciales que existen en nuestra Constitución, lo que resulta crucial en un análisis es extraer las consecuencias de dicho estudio. Por ello, en este trabajo se planteaba si del hecho diferencial cabía extraer alguna consecuencia o no. Para ello, en primer lugar, se planteaba la cuestión de si los hechos diferenciales presentaban un carácter cualitativo o cuantitativo.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 715



No es posible «medir» los hechos diferenciales, no es cuantificable el derecho civil especial o el hecho insular. Son características que manifiestan una cualidad distinta del resto de unidades que no presentan tales particularidades. Algo distinto es que de un determinado hecho diferencial podamos establecer preguntas empíricas cuantitativas, como por ejemplo indagar sobre la autonomía fiscal que proporciona el Convenio o el Concierto de Navarra y País Vasco, en comparación a la autonomía fiscal de las CCAA del régimen común. Pero en sí mismo, las figuras jurídicas del Convenio y el Concierto tienen un carácter cualitativo de diferenciación, es decir, son una «cualidad» del sistema de financiación autonómico.

A partir de esta consideración de los hechos diferenciales como «cualidades», se planteaba en este trabajo la última pregunta analítica que era cuáles son las consecuencias que pueden deducirse de las «cualidades diferenciales» que existen en nuestro modelo descentralizado.

En este sentido, se distinguían tres posibles consecuencias o intensificaciones: de carácter procedimental, de carácter competencial, y por último, de carácter institucional.

El estudio recogía tres hechos diferenciales «procedimentales», es decir, aquellos que manifiestan una especificidad procedimental como son el caso de modificación del régimen económico y fiscal canario, la eventual incorporación de Navarra al País Vasco y la constitución de Ceuta y Melilla en CCAA. No cabe extraer mayores consecuencias que la expresa observancia de las reglas procedimentales que estipula la Constitución para estos cuatro supuestos de hecho.

Asimismo, definíamos dos hechos diferenciales con intensificaciones institucionales: la capitalidad de Madrid y el hecho insular en su forma especial de administración mediante Cabildos o Consejos.

También se encontraban dos hechos diferenciales que mostraban a la vez una intensificación competencial e institucional: los derechos históricos de los Territorios Históricos y la cooficialidad de las lenguas autonómicas.

El derecho civil especial sólo muestra una intensificación competencial, mientras que hay dos hechos diferenciales, el convenio y concierto junto a la Disposición tTransitoria segunda de la Constitución, de los que se puede hablar de una intensificación competencial a la vez que una intensificación procedimental.

Finalmente, al comparar los resultados de esta investigación con las posiciones doctrinales, y gracias al proceso de retroalimentación generado por el propio análisis, se planteaba la idoneidad de la titularidad de los hechos diferenciales. Coincidiendo más con el profesor TRUJILLO que atribuye titularidades de modo particular, frente al profesor AJA que es más favorable a atribuir hechos diferenciales de modo general a las CCAA, al final de la investigación se llegaba a la consideración de que, fundamentalmente, en los casos de hechos diferenciales con intensificaciones competenciales y

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 716



procedimentales, y de modo menos claro para los hechos diferenciales que sólo manifiestan una intensificación institucional, sí resulta posible y legítimo hablar de titularidades de los hechos diferenciales.

Esto, además, nos lleva a considerar como inválida una de las variables de análisis, que era la variable obligaciones genéricas de los hechos diferenciales hacia los poderes públicos en general. No obstante, esto no invalida en absoluto el análisis y el resto de resultados, puesto que esta variable no tenía la cualidad de causa suficiente para hablar de un hecho diferencial, y por tanto su peso analítico era ínfimo.

Para concluir este trabajo, debemos plantearnos qué papel pueden cumplir los hechos diferenciales en el Estado Autonómico. Como se ha explicado y justificado a lo largo del análisis, no podemos hablar de hechos diferenciales globales ni definir éstos como hechos autonómicos. Debemos entender lo hechos diferenciales como particularidades, pero que son los que están establecidos en la Constitución, sin extraer consecuencias generalizadoras de los mismos.

Todos y cada uno de ellos, imponen una restricción a la acción uniformizadora del Estado, y proyectan excepcionalidades bien institucionales, competenciales o procedimentales, que constituyen rasgos específicos de nuestro modelo. No obstante, la capitalidad, a pesar de cumplir afirmativamente con todas las variables analíticas, es dudoso que pueda considerarse como un rasgo propio del Estado Autonómico.

En algunos casos puede ser comprensible y necesario el establecimiento de relaciones bilaterales entre el Gobierno estatal y el Gobierno de la Comunidad Autónoma titular o beneficiaria de un determinado hecho diferencial. Así, podemos pensar en este tipo de relaciones entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra para la fijación del Convenio, o entre órganos estatales y órganos autonómicos para consensuar la enseñanza de la lengua territorial en una institución estatal con proyección cultural internacional (por ejemplo, en el Instituto Cervantes).

Sin embargo, no es razonable defender asimetrías de derecho en virtud de los hechos diferenciales más allá de las explicadas en el trabajo. Es decir, no se puede sostener, desde una posición estrictamente racional-teórica, la defensa de una posición privilegiada en una institución estatal (por ejemplo, en un hipotético Senado de representación de las CC.AA) en base a alguno de los hechos diferenciales. Esta defensa se puede hacer, legítimamente como toda defensa de ideas en democracia, en base a criterios políticos. En definitiva, si queremos crear un modelo teórico del Estado Autonómico, sería necesario que la doctrina acordara el contenido, alcance y definición de los hechos diferenciales, con la finalidad de evitar un uso inapropiado de éstos, con evidentes intencionalidades políticas.

Además, la indudable «ley del péndulo» que ha marcado gran parte del desarrollo del Estado Autonómico, tampoco debiera alcanzar a los he-

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 717



chos diferenciales, es decir, que no debiera haber un *efecto emulación* del resto de CCAA para «crear otros hechos diferenciales». El efecto emulación se verá estimulado si de los hechos diferenciales constitucionales se derivaran consecuencias políticas más allá de las estrictamente aceptables, es decir si se articularan «privilegios» para aquellas CCAA que tienen uno o algún hecho diferencial.

Compete, por tanto, a la doctrina depurar el concepto de hecho diferencial. Este trabajo ha pretendido mostrar que dicha depuración es posible mediante un análisis riguroso y sistemático, sin que en ningún caso se considere que es el único análisis válido sobre los hechos diferenciales. Y compete, asimismo, a la clase política crear los mecanismos institucionales necesarios que permitan preservar la unidad de la comunidad política de iguales, junto a la diversidad y autonomía. Esta difícil combinación tiene, en muchos casos, causas estrictamente políticas y coyunturales, pero, al menos, se puede sostener que, en ningún caso, deben atribuirse consecuencias globalizadoras a aquellas diversidades que, o bien permite nuestro Estado Autonómico, o bien son inherentes a éste como rasgos específicos del mismo.

11669-718-Estado autonómico66 15/10/05 11:49 Página 718

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 719

# EL ESTADO COMPUESTO EN EL DERECHO COMPARADO

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 720

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 721

# LA MOCIÓN DE CENSURA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS *LÄNDER* ALEMANES

**Cristina Elías Méndez**
*Profesora de Derecho Constitucional*
*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El modelo de moción de censura escogido por la Constitución Española de 1978 sigue la pauta, innovadora en su día, del artículo 67 de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, que consagra, frente a la acostumbrada moción de censura «destructiva»,[1] que pretende únicamente la dimisión del Gobierno sin previsión alguna de la situación de dirección política posterior, la moción de censura de carácter constructivo.

La Alemania que, bajo la atenta y rigurosa mirada de los países aliados vencedores, trataba de resurgir de sus cenizas tras la guerra más cruenta, sintió el nuevo proceso constituyente condicionado por el apabullante peso del pasado y la incertidumbre del futuro.[2] En palabras de STERN, «si ya se calificó a la Constitución de WEIMAR como una "hija del desasosiego", la Ley Fundamental era una Constitución que nacía de la miseria más profunda, de la crisis existencial del pueblo alemán, de la partición de su Estado...»[3]

Junto al problema de la organización territorial del Estado, se prestó tanto por el Consejo Parlamentario como por el grupo de expertos constitucionalistas y representantes de los *Länder,* en los que el primero delegó la elaboración de un anteproyecto de Constitución,[4] una particular aten-

---

[1] Traducción literal de la terminología alemana, que se refiere a la tradicional moción de censura como «*destruktiver Mibtrauensantrag*» o «moción de censura destructiva».

[2] SCHNEIDER, H., «Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz» (Mitbericht), *Veröffentlichungen der Vereiningung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* Heft 8, 1950, ps. 21-54 (21).

[3] STERN, K., «La influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre las constituciones extranjeras», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* núm. 25, otoño 1998, ps. 5-29 (5).

[4] SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (Un estudio comparado),* Congreso de los Diputados, Madrid, 1992, p. 232, explica así los inicios del proceso de elaboración de la Constitución alemana: «El origen del proceso constituyente alemán fue la Conferencia de Londres de 1948, donde los representantes de Francia, el Reino Unido, USA y del Benelux acordaron establecer un Estado para Alemania del Este (*sic*) de carácter democrático y federal. Para ello se autorizó la creación de una Asamblea constituyente, o Consejo Parlamentario, integrada por representantes de los *Länder* en proporción a su población. También se acordó que el texto constitucional habría de ser aprobado por los Gobernadores militares antes de ser sometido a ratificación por el pueblo en los diferentes *Länder.*
Los once primer Ministros Presidentes de los *Länder,* en cuanto la más alta autoridad del Estado, decidieron delegar en un grupo de expertos constitucionalistas y de representantes de los *Länder* la elaboración de un Anteproyecto de Constitución. Tal Comité de veintiocho miembros desarrolló sus deliberaciones en el castillo de Herrenchiemsee, y elaboró un Anteproyecto de 149 artículos.»

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 722



ción a la cuestión de la división de poderes, tema que constituyó objeto de intenso debate. En especial, se discutió minuciosamente el espinoso problema de la clase de relaciones que deberían regir en el proyectado nuevo régimen entre el Gobierno y el Parlamento federal y, específicamente, en relación con la configuración de la moción de censura.[5] Las propuestas y decisiones del comité de Herrenchiemsee y del Consejo parlamentario o Asamblea Constituyente de la que sería Ley Fundamental de Bonn se vieron mediatizadas por el miedo a repetir los errores que pudieran haber contribuido al desenlace fatal del régimen de Weimar. De ahí, la opción constitucional por la moción de censura constructiva.

## II. LA REGULACIÓN DE LA MOCIÓN DE CENSURA CONSTRUCTIVA EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

### II.1. EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

La moción de censura fue, finalmente,[6] regulada en el artículo 67 de la Ley Fundamental de Bonn en los siguientes términos:

«1) El *Bundestag* sólo puede expresar su desconfianza al Canciller Federal mediante la elección, por la mayoría de sus miembros, de un sucesor y solicitando al Presidente Federal el cese del Canciller. El Presidente Federal tiene que atenerse a esta solicitud y nombrar al elegido.

2) Entre la moción y la elección tendrán que transcurrir cuarenta y ocho horas.»

La moción de censura adoptaba así un carácter constructivo sin parangón en el Derecho comparado. La primera y más peculiar singularidad del voto de censura del artículo 67 estriba en su nota positiva o «constructiva», que se materializa en que la elección de un nuevo Canciller federal es requisito imprescindible para poder forzar la dimisión del anterior. La designación del sucesor del Canciller por la mayoría absoluta de la Cámara Baja asegura la concurrencia de la base suficiente para un futuro Gobierno capaz de dirigir la política. La consecuencia de este precepto es que se proporciona estabilidad al Gobierno, el cual permanecerá en su puesto aun careciendo del apoyo parlamentario cuando el *Bundestag* no sea capaz de alcanzar un consenso mayoritario respecto al Canciller sucesor. El precio de la estabilidad gubernamental es, por tanto, la posibilidad de que gobiernen Ejecutivos minoritarios, riesgo que

---

[5] SCHNEIDER, H., «Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz», (Mitbericht), *Veröffentlichungen der Vereiningung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* Heft 8, 1950, ps. 21-54 (21) y SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (Un estudio comparado), op. cit.,* p. 232.

[6] Respecto a la génesis y proceso de elaboración del artículo 67 de la Ley Fundamental puede consultarse VÍRGALA FORURIA, E., *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español),* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, ps. 121-128 o del mismo autor, «La responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 21, septiembre-diciembre 1987, ps. 99-135 (104-110):

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 723



ha despertado parte de las críticas vertidas por la doctrina en torno a la moción de censura constructiva.[7]

Una segunda característica de la regulación del citado precepto consiste en que el voto de censura se dirige no contra los ministros, sino exclusivamente contra el Canciller federal, aunque en caso de prosperar la moción afectará al Gobierno en su conjunto en virtud del artículo 69.2 de la Ley Fundamental, que reza así: «El mandato del Canciller federal o de cualquier Ministro federal caducará en cualquier caso al reunirse un nuevo *Bundestag*, y el mandato de un Ministro federal expirará también al finalizar, por cualquier otro motivo, el del propio Canciller federal.»

Mager fija la finalidad del artículo 67 no tanto en el deseo de limitar el control parlamentario en aras de la estabilidad gubernamental, sino en crear una situación de dependencia entre el Parlamento y el Gobierno, forzando así al *Bundestag* a asumir una postura de responsabilidad en el juego de relaciones entre los poderes.[8] Cualquier acción de censura del Parlamento se podrá calificar como «responsable», por cuanto se obliga al mismo por la Constitución a dar simultáneamente su aprobación a una iniciativa alternativa, convirtiéndose la oposición en una oposición responsable, dispuesta y legitimada, en su caso, constitucionalmente para asumir las tareas de gobierno.[9] En consonancia con este objetivo del artículo 67 de contribuir a la «madurez institucional» se sitúan asimismo el artículo 63 LFB, que prevé la elección del Canciller federal por el Parlamento y dificulta en su cuarto apartado la disolución de la Cámara Baja,[10] y el artículo 68, que regula la cuestión de confianza y que permite la disolución por el Presidente federal, a propuesta del Canciller, del *Bundestag* cuando éste actúe de forma destructiva.[11]

---

[7] MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», VON MÜNCH, I. (fundador) y KUNIG, P. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar,* Band 2, Art. 21 bis Art. 69, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 1995, ps. 1119-1132 (1120). SCHRÖDER, M., «Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung» en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, ps. 603-627 (616 y 617).

[8] MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», *op. cit.*, p. 1120.

[9] SCHRÖDER, M., «Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung», *op. cit.,* ps. 616 y 617.

[10] MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», *op. cit.*, ps. 1120 y 1121.
Artículo 63 LFB:
«1. El Canciller federal será elegido a propuesta del Presidente de la República por el *Bundestag* sin debate alguno.
2. Será elegido quien obtenga los votos de la mayoría de los componentes del *Bundestag*. El elegido deberá ser nombrado por el Presidente federal.
3. Si la persona propuesta no fuere elegida, podrá el *Bundestag*, dentro de un plazo de catorce días tras el proceso electoral, elegir un Canciller federal por más de la mitad de sus miembros.
4. De no celebrarse la elección dentro del plazo de referencia, deberá celebrarse sin demora una nueva elección, en la cual resultará elegido quien consiga el mayor número de votos. Si la persona electa hubiere obtenido los votos de la mayoría de los componentes del *Bundestag*, deberá el Presidente de la República nombrarle formalmente dentro de los siete días siguientes. Si la persona electa no hubiere alcanzado dicha mayoría, el Presidente federal deberá, dentro de los siete días siguientes, ora nombrar al así elegido, ora disolver el *Bundestag*.»

[11] Artículo 68 LFB:

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 724



## II.2. LA PRÁCTICA DE LA MOCIÓN DE CENSURA CONSTRUCTIVA EN ALEMANIA

Solamente en dos ocasiones en la historia de la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn se ha recurrido a la moción de censura constructiva. En 1966, la situación de inestabilidad gubernamental se resolvió de forma extraparlamentaria.[12]

### II.2.1. La crisis de 1966

En 1966 se planteó en la República Federal de Alemania la primera crisis de gobierno de su historia, crisis que, sin embargo, no se encauzó mediante la moción de censura. La coalición de gobierno entre los partidos CDU-CSU y FDP se rompió, procediendo a dimitir los ministros del partido liberal, que se negaban a continuar gobernando junto a los demócrata-cristianos.

Una importante polémica se desató en relación con esta crisis de partidos y de gobierno cuando el grupo parlamentario SPD presentó la siguiente propuesta en el *Bundestag*: «Se solicita al Canciller federal que, de conformidad con el artículo 68 LFB, presente al *Bundestag* una moción solicitando la confianza del mismo.»[13] Los miembros del Gobierno federal, del partido CDU/CSU que le apoyaba y algunos constitucionalistas expresaron su discrepancia y sus dudas respecto ya no sólo el sentido político de la propuesta sino especialmente de su validez constitucional.

Las principales críticas que se formularon a esta propuesta radicaban en que la iniciativa de la cuestión de confianza corresponde, según el artículo 68 LFB, exclusivamente al Canciller, al que no se le puede forzar a presentarla, y, sobre todo, en que mediante el requerimiento de una cuestión de confianza se pretendía obviar el cauce constitucionalmente previsto de la moción de censura constructiva.

Así, frente a KÜCHENHOFF, quien valora la solicitud o requerimiento de la cuestión de confianza como una nueva institución constitucional de gran calado político y jurídico,[14] SATTLER discrepa de esta postura subrayando especialmente la contradicción entre la misma y la regulación del artículo 67 de la Ley Fundamental, mediante el que el constituyente alemán

---

«1. Si una moción del Canciller federal, con vistas a un voto de confianza, no obtuviere el asentimiento de la mayoría de los miembros del *Bundestag*, podrá el Presidente de la República, a propuesta del Canciller federal, disolver el *Bundestag* dentro de los veintiún días siguientes. El derecho de disolución caducará, sin embargo, tan pronto como el *Bundestag* elija a otro Canciller por mayoría de sus componentes.
2. Deberán mediar cuarenta y ocho horas, por lo menos, entre la moción y la votación.»

[12] «Konstruktives Mibtrauensvotum», en http://www.budestag.de/info/parlhist/g1970_31.html (12/9/2002). «Wahllexikon: Minderheitsregierung – Ministerrunde ohne Mehrheit», http://de.search.yahoo.com/search/newspf_de?p=ukey:4961114 (12/9/2002).

[13] 70ª sesión del V. DBT (*Bundestag* alemán) celebrada el 8.11.1966, BT-DS V/1070.

[14] KÜCHENHOFF, E., «Mibtrauensantrag und Vertrauensfrage-Ersuchen (Zwei zulässige Mittel parlamentarischer Regierungskontrolle mit unterschiedlichen Funktionen)», *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 4, Februar 1967, ps. 116-124 (116 y 117).

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 725



quiso cerciorarse de que no podría haber ningún derribo del Gobierno sin que se asegurase un sustituto suficientemente legitimado. El requerimiento por la oposición de que se presente la cuestión de confianza vaciaría de sentido la moción de censura constructiva.[15] Finalmente, la crisis se cerró al presentar el hasta entonces Canciller ERHARD su dimisión ante la imposibilidad de crear una nueva coalición de gobierno ni de lograr apoyos suficientes.[16]

### II.2.2. La moción de censura de 1972

Dos han sido las ocasiones en que se ha recurrido a la moción de censura constructiva en la República Federal de Alemania. En la primera de ellas, en 1972, la coalición en el Gobierno desde las elecciones celebradas en 1969, formada entre el SPD y el FDP y dirigida por Willy BRANDT, se encontraba en una posición débil. Los llamados «Tratados del Este» (*Ostverträge*), impulsados por el Canciller y firmados con la Unión Soviética y con Polonia en 1970 buscando la distensión política en Europa y, en cierto grado, la reconciliación, e iniciando una política hacia el Este en la República Federal (*Ostpolitik*), habían provocado una fuerte polarización tanto de los políticos como de los ciudadanos.[17] Tanto diputados socialdemócratas como liberales abandonaron la coalición de gobierno, pasando a formar parte de la oposición, lo que llevó a una situación de crisis gubernamental.

El 27 de abril de 1972 el grupo parlamentario CDU/CSU presentó una moción de censura constructiva con arreglo al artículo 67 de la Ley Fundamental de Bonn, proponiendo al presidente del grupo cristianodemócrata, Barzel, como sustituto del Canciller.[18] A pesar de los buenos pronósticos para el éxito del voto de censura, la oposición perdió el escrutinio por un ajustado resultado de 247 votos frente a los 249 que hubiera necesitado para alcanzar la llamada «mayoría de canciller».[19] Aparentemente, la moción de censura había solucionado la crisis de gobierno manteniendo al hasta entonces Canciller y a su gabinete en el poder. Sin embargo, apenas al día siguiente del voto de censura, se pudo constatar la

---

[15] SATTLER, A., «Vertrauensfrage-Ersuchen und Art. 67 GG», *Die Öffentliche Verwaltung,* Heft 22, November 1967, ps. 765-773 (765-767).

[16] SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (Un estudio comparado), op. cit.*, ps. 252-254.

[17] «1963-74. Neue Ostpolitik. Die Verträge von Moskau und Warschau», http://www.dhm.de/lemo/html/DasGeteilteDeutschland/KontinuitaetUndWandel/NeueOstpolitik/dieVertraegeVonMoskauUndWarschau.html (11/9/2002), «Mibtrauensvotum gescheitert», http://50jahre-deutschland.bild.de/70iger/72/politik/02/02.html (11/8/2002).

[18] «Vor dreibig Jahren – 27. April 1972. Mibtrauensvotum gegen Willy Brandt gescheitert», http://www.fes.de/archiv/_stichwort/misstrauen.htm (11/8/2002).

[19] Posteriormente se supo que dos diputados cristiano-demócratas, amparándose en el secreto de la votación, se habían dejado sobornar, negando su voto al candidato de su propio partido. Tras la caída de la República Democrática alemana se conoció la procedencia del dinero: la organización de seguridad estatal de la Alemania oriental, conocida como la «*Stasi*», proporcionó el soborno a fin de posibilitar el desarrollo de la política del este por parte de la Alemania occidental.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 726



persistencia de la crisis cuando la votación sobre la Ley de Presupuestos se saldó con 247 votos a favor y 247 votos en contra.[20]

La situación de *impasse* sólo podía resolverse mediante la celebración de nuevas elecciones de las que saliera una mayoría clara. Puesto que la Constitución alemana dificulta la disolución del Parlamento, el Canciller Brandt, tras desecharse la propuesta de reformar la Ley Fundamental, se vio entonces obligado a presentar una cuestión de confianza pidiendo a los diputados que apoyaban a la coalición en el Gobierno que le denegaran la confianza para poder así proponer el Presidente de la República la disolución del *Bundestag*, en aplicación del artículo 68 LFB.[21]

A nuestros efectos nos importa destacar que la moción de censura constructiva en este caso, si bien contribuyó a dar una salida a la crisis gubernamental, no pudo por sí sola proporcionar una solución, sino que representó únicamente un paso más en el intento de resolver el conflicto.

### II.2.3. La moción de censura de 1982

Una década después se producía el segundo caso de aplicación del artículo 67 de la Ley Fundamental. A pesar del apoyo de la mayoría conseguido en la cuestión de confianza que el Canciller Schmidt del SPD había planteado en febrero de 1982, el progresivo declive de la coalición de los partidos gobernantes Socialista (SPD) y Liberal (FDP) era imparable.[22] Ello animó al partido de la oposición CDU-CSU a llegar a un acuerdo con el partido Liberal, planteando en octubre del mismo año una moción de censura constructiva que prosperó con el apoyo de ambos grupos parlamentarios, presentando como candidato a Canciller a Helmut KOHL.

Si bien la situación política que rodeó este proceso parlamentario no padeció el mismo grado de tensión y convulsión social que en la ocasión precedente, lo cierto es que también el en este caso nuevo Canciller KOHL se sintió obligado a proponer, algún tiempo después de su estreno en el cargo, una cuestión de confianza, que perdió intencionadamente para poder solicitar la disolución del Parlamento, consiguiendo así una estabilización definitiva de la situación política.[23]

El recurso a la llamada «cuestión de confianza negativa» resultó en 1982 aún más polémica que en 1972, pues el nuevo Canciller contaba con un claro apoyo parlamentario.[24] Cuatro diputados del *Bundestag* presenta-

---

[20] SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (Un estudio comparado), op. cit.*, ps. 254-256.

[21] VÍRGALA FORURIA, E., «La responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *op. cit.*, ps. 128 y 129.

[22] SCHNEIDER, H.-P., «Das parlamentarische System», BENDA, E., MAIHOFER, W. y VOGEL, H.-J. (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Teil 1, Walter de Gruyter, Berlín, 1984, ps. 239-293 (271 y 272).

[23] MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», *op. cit.*, p. 1121.

[24] SCHNEIDER, H.-P., «Das parlamentarische System», *op. cit.*, p. 272. VÍRGALA FORURIA, E., «La responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *op. cit.*, p. 129.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 727



ron recurso contra la decisión del Presidente federal de disolver la Cámara y fijar nuevas elecciones. Esta actuación, que había suscitado numerosas dudas de constitucionalidad al utilizarse la cuestión de confianza como mecanismo para disolver el Parlamento, fue declarada para el caso concreto conforme con la Norma fundamental alemana por el Tribunal Constitucional federal,[25] sentencia que desató gran controversia.[26]

En lo que a nuestro tema concierne, cabe destacar que en esta misma sentencia el Alto Tribunal subrayó el valor y efectividad de la moción de censura, insistiendo en la plena validez de la elección del Canciller que ocupa su cargo en virtud de una moción de censura; el Tribunal de Karlsruhe aseveró que el nuevo Canciller posee la misma legitimidad y autoridad que el nombrado por la vía ordinaria del artículo 63 LFB.[27]

## II.3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA MOCIÓN DE CENSURA CONSTRUCTIVA EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

Las críticas político-constitucionales recibidas por la más original aportación de la Ley Fundamental al sistema parlamentario son de muy distinto signo.[28] Resulta fácilmente constatable que los objetivos perseguidos por los constituyentes alemanes (fortalecer la posición del Gobierno federal y propiciar su permanencia en el poder, evitar la repetición de las crisis de Weimar, restaurar el juego parlamentario real)[29] se han alcanzado y han perdurado desde 1949 hasta la actualidad.[30]

De este modo, se ha llegado a calificar a la moción de censura constructiva como «una de las principales normas organizativas de la LFB»,[31] considerándose, ante la alternativa de formar Gobiernos por un tiempo limitado, como una solución más acorde a la tradición constitucional alemana.[32] También conviene tener en cuenta que la celebración de

---

[25] NJW 1983, 735 ff. = DÖV 1983, 236 ff. = DVBl 1983, 321 ff.

[26] BVerfGE 67, 1(43). SCHRÖDER, M., «Parlamentsauflösung bei gesicherten Mehrheitsverhältnissen? – Bemerkungen zu Art. 68 des Grundgesetzes», *Juristenzeitung*, Nr. 22, 1982, ps. 786-788 y SCHNEIDER, H.-P., «Sibyllinisch oder salomonisch? – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Parlamentsauflösung», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 28, 1983, ps. 1529-1530. Resumen y comentarios de esta sentencia en español citados en VÍRGALA FORURIA, E., «La responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *op. cit.*, nota 108.

[27] SCHRÖDER, M., «Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung», *op. cit.*, p. 618.

[28] SCHNEIDER, H.-P., «Das parlamentarische System», *op. cit.*, p. 271.

[29] STRAUSS, W., «Der Bundespräsident und die Bundesregierung», *Die Öffentliche Verwaltung*, Juli/August 1949, ps. 272-276 (276).

[30] VÍRGALA FORURIA, E., *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español), op. cit.*, p. 142: «La República Federal de Alemania ha conocido a partir de 1949 una estabilidad gubernamental cuyo índice puede situarse fácilmente entre los más elevados del parlamentarismo democrático. Por tanto, la ansiada estabilidad del Ejecutivo perseguida por el Consejo Parlamentario parece haber sido conseguida.»

[31] SCHNEIDER, H.-P., «Das parlamentarische System», *op. cit.*, p. 271.

[32] STRAUSS, W., «Der Bundespräsident und die Bundesregierung», *op. cit.*, p. 276.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 728



nuevas elecciones no siempre va a resolver los trances políticos si la constelación de partidos emergentes es similar a la anterior a los comicios.[33]

Sin embargo, en el análisis doctrinal del voto de censura constructivo que tuvo lugar en Alemania principalmente en los años sesenta y setenta, arreciaron fuertes críticas contra una institución de cuya utilidad para resolver crisis gubernamentales se dudaba. Como hemos podido comprobar, en el año 1966 ni siquiera se recurrió a los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política para la resolución de la crisis, que se superó mediante acuerdos entre los partidos políticos, únicamente formalizados en la Cámara Baja.[34] Además, en este mismo sentido, Leicht señalaba tras los acontecimientos de 1972 que el desarrollo de los mismos ponía en cuestión la eficacia de una institución que no había podido resolver por sí sola el conflicto, puesto que el triunfo en la votación de la moción de censura no había conferido al Gobierno federal fuerza suficiente para seguir gobernando.[35] Circunstancia a la que se suma el último caso de moción de censura, en cuanto que en 1982 se evidenciaba que ni siquiera el triunfo claro de un nuevo Canciller mediante la moción de censura proporcionaba una estabilidad gubernamental suficiente, por considerarse un mecanismo que traiciona o ignora la voluntad del electorado, que debe ratificar en un nuevo acto electoral el cambio de Gabinete.

Las principales críticas formuladas en contra de la regulación del artículo 67 LFB radican, por tanto, en la conclusión de que ésta no posee apenas influencia sobre la auténtica causa de las crisis de gobierno: la ruptura de las coaliciones. De modo que la moción de censura constructiva no contribuye a la mayor estabilidad de los Gobiernos, privando de este modo innecesariamente al Parlamento de poder de control. Es más, la moción incluso puede resultar perjudicial, alargando innecesariamente una situación de conflicto y desavenencias internas, favoreciendo la permanencia de gobiernos minoritarios.[36] Poco parecen, pues, influir los instrumentos constitucionales en la estabilidad y fortaleza de las coaliciones y Gobiernos, características dependientes esencialmente de la formación de mayorías políticas claras, factor relacionado con el mapa de partidos y el sistema electoral,[37] sin que quepa menospreciar la trascendencia de un favorable desarrollo económico y social sobre la apacibilidad y seguridad de la situación política.[38]

---

[33] MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», *op. cit.*, p. 1130.

[34] SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (Un estudio comparado), op. cit.*, p. 254.

[35] LEICHT, R., «Mibtrauensvotum und Vertrauesnfrage – eine konstruktive Alternative», *Zeitschrift für Rechtspolitik,* Heft 9, 1972, ps. 204-206 (204).

[36] Por todos, MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», *op. cit.*, ps. 1129 y 1130.

[37] SCHRÖDER, M., «Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung», *op. cit.*, p. 620 y SCHNEIDER, H.-P., «Das parlamentarische System», *op. cit.*, p. 271.

[38] STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* Volumen I, 2ª ed., 1984, p. 990.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 729



No obstante, conviene no olvidar que en los tiempos de la República de Weimar, aunque no se recurriera de forma frecuente a la moción de censura –en aquel caso, «destructiva»–, el simple hecho de su posibilidad pendía amenazante sobre la existencia, decisiones y actuaciones de los Gobiernos.[39] De igual manera la mera existencia de la moción de censura constructiva, junto a los artículos 63, 68 y 81 LFB, fortalece la relación de interdependencia entre el Parlamento y el Gobierno, estimulando a las fuerzas parlamentarias a llegar a compromisos, a actuar de manera responsable y a formar mayorías eficaces de gobierno.[40]

## III. LA REGULACIÓN DE LA MOCIÓN DE CENSURA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS *LÄNDER* ALEMANES

Acabada la Segunda Guerra Mundial se comenzó a partir de los *Länder* la futura estructuración del Estado alemán en una Federación. Antes que en la elaboración del Anteproyecto constitucional federal, se planteó por tanto de nuevo en torno a 1946, enlazando con las preocupaciones ya patentes en la época de Weimar, la cuestión de la responsabilidad política del Gobierno en las discusiones previas a las que habrían de ser nuevas Constituciones de los *Länder*.[41] Se trataba de idear el modo de proporcionar una mayor estabilidad y firmeza al tipo de Gobierno parlamentario sin renunciar completamente al control del mismo por la Dieta.[42] En pos de este objetivo, los constituyentes de la Alemania occidental introdujeron en los nuevos textos tanto requisitos reforzados que condicionaban las votaciones de las mociones de censura,[43] como asimismo, dando un paso decisivo, consagraron la ya antigua demanda de que la moción propuesta por un Parlamento necesariamente debía comportar una resolución de carácter positivo que otorgara la confianza. No obstante, en cada una de las Constituciones de los *Länder* se reguló con distintas concreciones la cuestión.

Respecto al primer capítulo de modificaciones, se obstaculizó la presentación y votación de la moción de censura mediante diversos métodos: la exigencia de un determinado porcentaje de diputados firmantes de la presentación de la moción; la obligación de que ésta fuese notificada debidamente a todos los interesados; que se respetaran unos plazos tanto mínimos como máximos para la adopción de una decisión definitiva; y exi-

---

[39] SCHNEIDER, H., «Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz», *op. cit.*, p. 22.

[40] MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», *op. cit.*, ps. 1130 y 1131.

[41] VÍRGALA FORURIA, E., «La responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *op. cit.*, p. 104.

[42] SCHNEIDER, H., «Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz», *op. cit.*, p. 24.

[43] Señala SCHNEIDER, H., «Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz», *op. cit.*, p. 25, que tanto la Constitución francesa de 1946 (artículos 49 y 50) como la Constitución italiana de 1947 (artículo 94) incorporaron también modificaciones en el sentido de reforzar el procedimiento de votación de la moción de censura.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 730



gencia, en todos los casos, de una determinada mayoría para la aprobación de la moción de censura, mayoría que como mínimo exige el voto favorable de la mayoría de los miembros de la Cámara parlamentaria.[44]

Podemos distinguir cuatro grupos de *Länder* en función de la regulación que sus Constituciones efectúan de la institución de la moción de censura.

### III.1. ESTADOS QUE INCORPORAN LA MOCIÓN DE CENSURA CONSTRUCTIVA

El *Land* de Württemberg-Baden fue el pionero –tras la guerra– en constitucionalizar la moción de censura constructiva en su Norma fundamental, aprobada el 28 de noviembre de 1946,[45] incorporándola después, de forma paulatina, la mayoría de *Länder*. Es el caso de la Constitución de Bradenburgo (artículo 86), de Hamburgo (artículo 35.3), de Mecklenburg-Vorpommern (artículo 50.2), de la Baja Sajonia (artículo 32), de Westfalia-Renania del Norte (artículo 61), Sajonia (artículo 69), Sajonia-Anhalt (artículo 72), Schleswig-Holstein (artículo 35) o la de Turingia (artículo 73).[46]

---

[44] Ejemplos de estas normas pueden hallarse –entre otras– en la Constitución del Land de Hessen (artículo 114), de Bremen (artículo 110) o de Rheinland-Pfalz (artículo 99).

[45] Artículo 73 de la Constitución de Württemberg-Baden de 28 de noviembre de 1946, derogada por el artículo 94 de la Constitución del *Land* de Baden-Württemberg de 11 de noviembre de 1953:
«*Die Regierung bedarf zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Landtags. Entzieht ihr der Landtag mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder sein Vertrauen, so muß sie ihren Rücktritt erklären. Der Rücktritt wird erst rechtswirksam wenn der Landtag einer neuen Regierung das Vertrauen ausspricht.*»
«El Gobierno requiere para el desempeño de sus funciones la confianza del Parlamento del *Land* (del *Landtag*). En el caso de que el *Landtag* retire la confianza al Gobierno con los votos de más de la mitad del número legal de sus miembros, aquél deberá dimitir. Su dimisión únicamente será efectiva cuando el Landtag exprese su confianza a un nuevo Gobierno.»
Fuente utilizada para el acceso a las Constituciones de los Länder: http://www.verfassungen.de/de/index.htm (1/1/2003). Traducción del articulado de las Constituciones alemanas del autor.
MAGER, U., «Art. 67 (Mibtrauensvotum)», VON MÜNCH, I. (fundador) y KUNIG, P. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar,* Band 2, Art. 21 bis Art. 69, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 1995, ps. 1119-1132 (1120).

[46] FINKELNBURG, K., «Zum Mibtrauensvotum im deutschen Staatsrecht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Sonderheft für Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber,* tomo 20, núm. 12, Beck, Munich, 2001, ps. 15-17 (16). VON BOETTICHER, C., *Parlamentsverwaltung und parlamentarische Kontrolle,* Duncker & Humblot, Berlín, 2002, ps. 252 y 253. Y ACHTERBERG, N., *Parlamentsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1984, ps. 480 y 481.
A modo de ejemplo reproducimos los siguientes artículos:

Artículo 86 de la Constitución del *Land* de Brandenburgo de 20 de agosto de 1992:
«*(Konstruktives Mißtrauensvotum). (1) Der Landtag kann dem Ministerpräsidenten das Mißtrauen nur dadurch aussprechen, daß er mit den Stimmen der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt. (2) Zwischen der Aussprache über den Antrag im Landtag und der Wahl müssen mindestens achtundvierzig Stunden liegen, höchstens jedoch sieben Tage.*»
«(Moción de censura constructiva). (1) El *Landtag* únicamente puede expresar su censura al Presidente de los Ministros, eligiendo con los votos de la mayoría de sus miembros a un sucesor del mismo.»

Artículo 35.3 de la Constitución del *Land* de Hamburgo de 6 de junio de 1952:
«*Die Amtszeit des Ersten Bürgermeisters endet auch, wenn ihm die Bürgerschaft das Vertrauen dadurch entzieht, daß sie mit der Mehrheit ihrer gesetzlichen Mitgliederzahl einen Nachfolger wählt. Der Antrag muß den Abgeordneten und dem Senat mindestens eine Woche vor der Beschlußfassung mitgeteilt werden; er muß von einem Viertel der Abgeordneten unterzeichnet sein.*»

«El mandato del Alcalde Primero (del Presidente) finaliza asimismo cuando la Cámara de Diputados le retira la confianza eligiendo por la mayoría de sus miembros legales a un sucesor para el cargo. La censura deberá ser comunicada a los Diputados y al Gobierno (o Senado) como mínimo con una semana de antelación a la resolución; debe ser avalada por un cuarto de los Diputados.»

11719-740-Estado autonomico67 15/10/05 11:52 Página 731



## III.2. VARIANTES DEL CARÁCTER CONSTRUCTIVO DE LA MOCIÓN

En algunos de los *Länder* que han optado por el carácter constructivo de la institución, la nota positiva o constructiva de las mociones de censura adquiere un matiz algo distinto. Así, en determinadas Constituciones, la censura posee la peculiaridad de que ésta y la elección del nuevo Presidente no se realizan de forma simultánea en un solo acto de votación, sino que se trata de dos votaciones distintas que pueden quedar distanciadas por un determinado lapso de tiempo. La no elección de un nuevo Consejo de Gobierno puede determinar en estos casos la ineficacia de la renuncia del ejecutivo o de la moción de censura o, por último, puede forzar la disolución del Parlamento.[47]

Así, por ejemplo, la derogada Constitución de Württemberg-Baden (concretamente, el ya citado y reproducido artículo 73) obliga al Gobierno del *Land* vencido por una moción de censura a dimitir, aunque tal renuncia sólo cobrará efectividad cuando el *Landtag* otorgue la confianza a un nuevo Gobierno. Schneider advierte del peligro que implica esta fórmula, por cuanto el Gobierno derrotado se convertirá en un Gobierno de gestión que permanecerá probablemente un largo tiempo en el poder hasta que el Parlamento se ponga de acuerdo sobre un nuevo ejecutivo.[48] Una mejora técnica sustancial de este precepto introduce la Constitución de Bremen, cuyo artículo 110.III condiciona a la elección por la Cámara parlamentaria de un sucesor la eficacia no ya de la dimisión del Gobierno sino del propio voto de censura, aun sin prever un plazo determinado de tiempo.[49]

---

[47] VON BOETTICHER, C., *Parlamentsverwaltung und parlamentarische Kontrolle, op. cit.*, p. 253.

[48] SCHNEIDER, H., «Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz», *op. cit.*, ps. 25 y 26.

[49] Artículo 110.I, II y III de la Constitución de Bremen de 21 de octubre de 1947.
«*Der Senat oder ein Mitglied des Senats hat zurückzutreten, wenn die Bürgerschaft ihm durch ausdrücklichen Beschluß ihr Vertrauen entzieht.*
*Ein Antrag, dem Senat oder einem Mitgliede des Senats das Vertrauen zu entziehen, muß von mindestens einem Viertel der gesetzlichen Mitgliederzahl der Bürgerschaft gestellt und mindestens eine Woche vor der Sitzung, auf deren Tagesordnung er gebracht wird, allen Bürgerschaftsmitgliedern und dem Senat mitgeteilt werden.*
*Der Beschluss; auf Entziehung des Vertrauens kommt nur zustande, wenn die Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl zustimmt. Er wird für Senatoren rechtswirksam, wenn die Bürgerschaft einen neuen Senat oder ein neues Mitglied des Senats gewählt oder ein Gesetz beschlossen hat, durch das die Zahl der Mitglieder entsprechend herabgesetzt wird. Satz 2 gilt nicht für die weiteren Mitglieder des Senats.*»
«El Gobierno (o Senado) o un miembro del Gobierno deberá dimitir cuando la Asamblea le retire mediante una resolución expresa la confianza.
La moción para retirar la confianza al Gobierno o a un miembro del Gobierno debe ser propuesta como mínimo por una cuarta parte de los miembros legales de la Asamblea y deberá ser comunicada como mínimo una semana antes de la sesión, en cuyo orden del día se incluya, a todos los miembros de la Asmablea y del Gobierno.
La resolución para la retirada de la confianza sólo podrá ser aprobada con el voto favorable de la mayoría de los miembros legales. La resolución únicamente tendrá efectos jurídicos para los miembros del Gobierno cuando la Asamblea elija un nuevo Gobierno o un nuevo miembro del Gobierno o apruebe una ley, mediante la cual el número de sus miembros quede correlativamente reducido. La segunda frase no es aplicable a los denominados `demás miembros del Gobierno´.»

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 732



Por su parte, el artículo 57 de la Constitución de Berlín establece el principio de que el «Senado», equivalente a un Consejo de Gobierno, necesita la confianza de la Cámara, órgano que podrá retirar –con el voto favorable de la mayoría de los miembros de la *Abgeordnetenhaus* o Cámara de Diputados y respetando un plazo mínimo de cuarenta y ocho horas desde la presentación de la moción– su confianza al Senado o a cualquiera de sus miembros, que deberán dimitir inmediatamente. No obstante, el voto de censura pierde su eficacia en el caso de que no se haya producido una nueva elección en el plazo de veintiún días.[50] Debe tenerse en cuenta a este respecto que la elección del llamado «Alcalde» y de los senadores –cuyo conjunto forma el órgano ejecutivo o de gobierno– se realiza a propuesta del primero mediante votación de la Cámara de Diputados.[51]

Con carácter reciente, el 16 de junio de 2001, por vez primera en la historia de Berlín desde la segunda guerra mundial, salió adelante una moción de censura. Se derrotaba así al Alcalde gobernante, Eberhard Diepgen, del Partido de la Unión cristiano demócrata. El nuevo Alcalde, el político del Partido socialdemócrata Klaus WOWEREIT resultaba elegido en una ajustada votación con sólo dos votos sobre la mayoría requerida, aglutinando el apoyo de socialdemócratas, del Partido Verde y del Partido del Socialismo Democrático (SPD).[52] En noviembre de 2003, se presentó una moción de censura contra el Alcalde Wowereit y el Senador de Finanzas Sarrazin, aunque sin éxito en esta ocasión.[53]

---

[50] Artículo 57 de la Constitución de Berlín de 23 de noviembre de 1995:
«*(1) Der Senat bedarf des Vertrauens des Abgeordnetenhauses.*
*(2) Das Abgeordnetenhaus kann dem Senat und jedem seiner Mitglieder das Vertrauen entziehen. Die namentliche Abstimmung darf frühestens 48 Stunden nach der Bekanntgabe des Mißtrauensantrages im Abgeordnetenhaus erfolgen.*
*(3) Der Beschluß über einen Mißtrauensantrag bedarf der Zustimmung der Mehrheit der gewählten Mitglieder des Abgeordnetenhauses. Bei Annahme eines Mißtrauensantrages haben die davon betroffenen Mitglieder des Senats sofort zurückzutreten. Jedes Mitglied des Senats ist verpflichtet, auf Verlangen die Geschäfte bis zum Amtsantritt des Nachfolgers weiterzuführen. Das Mißtrauensvotum verliert seine Wirksamkeit, wenn nicht binnen 21 Tagen eine Neuwahl erfolgt ist.*»
«(1) El Gobierno necesita la confianza de la Asamblea.
(2) La Asamblea puede retirar la confianza al Gobierno y a cualquiera de sus miembros. La votación nominal únicamente puede producirse como mínimo 48 horas antes de que sea dada a conocer la moción de censura en el Parlamento.
(3) La resolución sobre una moción de censura requiere la aprobación de la mayoría de los miembros elegidos de la Asamblea. En el caso de adopción de una moción de censura deberán dimitir de forma inmediata los miembros del Gobierno afectados por la misma. Cada miembro del Gobierno está obligado, si así se le pide, a continuar desempeñando sus funciones hasta la incorporación del sucesor. La moción de censura perderá su efectividad en el caso de que no tenga lugar una nueva elección en el plazo de 21 días.»

[51] Artículo 56.2 de la Constitución berlinesa:
«*Die Wahl des Bürgermeisters und der Senatoren erfolgt auf Vorschlag des Regierenden Bürgermeisters durch das Abgeordnetenhaus.*»
«La elección del Alcalde (o Presidente) y demás miembros del Gobierno (Senadores) tiene lugar a propuesta del Alcalde gobernante por la Asamblea.»

[52] http://www.phoenix.de/old/themen/topt/062001/01850/ (30/1/2003).

[53] Esta propuesta de moción de censura se vio propiciada por la Sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* en la que se declaraba inconstitucional el presupuesto en vigor. «Gemeinsamer Misstrauensantrag der Oppositionsfraktion», http://www.gruene-fraktion-berlin.de/rsvgn/rs_dok/0,,47194,00.htm. «Misstrauensvotum: Abstimmung am Montag», http://morgenpost.berlin1.de/archiv2003/031106/berlin/story639653.html. «Misstrauensantrag an den Haaren herbeigezogen», http://berlin.spd.de/servlet/

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 733



De conformidad con el artículo 114.IV de la Constitución de Hessen, se puede forzar al Jefe del Gobierno a la dimisión mediante una moción de censura que podrá prosperar con la mayoría simple de los votos. Sin embargo, se considerará disuelto el Parlamento del *Land* en caso de que ningún otro Gobierno consiga la confianza de la Cámara en un plazo de doce días.[54] Una regulación muy similar contiene la Constitución de Rheinland-Pfalz en su artículo 99.III, aunque en este caso concede al *Landtag* o Parlamento del *Land* un plazo de cuatro semanas para otorgar su confianza al nuevo Gobierno.[55] Aún más amplio es el plazo conce-

---

PB/menu/1006236/1424499.html. «Wowereit übersteht Misstrauensantrag» http://rhein-zeitung.de/on/03/11/10/topnews/wowereit.html (3/12/2003).

[54] Artículo 114 de la Constitución del *Land* de Hessen de 1 de diciembre de 1946:
«*Der Landtag kann dem Ministerpräsidenten durch ausdrücklichen Beschluß sein Vertrauen entziehen oder durch Ablehnung eines Vertrauensantrages versagen.*
*Der Antrag, dem Ministerpräsidenten das Vertrauen auszusprechen oder zu versagen, kann nur von mindestens einem Sechstel der gesetzlichen Zahl der Abgeordneten gestellt werden. Über den Antrag auf Herbeiführung eines Beschlusses zur Vertrauensfrage darf frühestens am zweiten Tage nach Schluß der Aussprache und muß spätestens am zehnten Tage, nachdem er eingebracht ist, abgestimmt werden.*
*Über die Vertrauensfrage muß namentlich abgestimmt werden. Ein für den Ministerpräsidenten ungünstiger Beschluß des Landtages bedarf der Zustimmung von mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder.*
*Kommt ein solcher Beschluß zustande, so muß der Ministerpräsident zurücktreten.*
*Spricht der Landtag nicht binnen zwölf Tagen einer neuen Regierung das Vertrauen aus, so ist er aufgelöst.*»
«El *Landtag* puede retirar su confianza al Presidente de los Ministros mediante una resolución expresa o negársela mediante el rechazo de una cuestión de confianza.
La moción para expresar o negar la confianza al Presidente de los Ministros sólo puede ser presentada como mínimo por una sexta parte de los miembros legales de los Diputados. Sobre la moción para dar lugar a una resolución sobre la cuestión de confianza debe votarse como mínimo el segundo día tras la finalización del debate y como máximo el décimo día desde su presentación.
Sobre la cuestión de confianza debe votarse de forma nominal. Una resolución del *Landtag* negativa para el Presidente de los Ministros requiere la aprobación por más de la mitad de los miembros legales. En el caso de que tal resolución salga adelante, el Presidente de los Ministros debe dimitir.
Si el *Landtag* no expresa su confianza a un nuevo Gobierno en el plazo de doce días, aquél quedará disuelto.»

[55] Artículo 99 de la Constitución de Rheinland-Pfalz de 18 de mayo de 1946:
«*1. Der Ministerpräsident, die Landesregierung und die Minister bedürfen zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Landtags.*
*2. Sie müssen zurücktreten, wenn ihnen der Landtag mit der Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl das Vertrauen entzieht.*
*3. Der Antrag auf Entziehung des Vertrauens darf frühestens am zweiten Tage nach Schluss der Aussprache und muss spätestens binnen einer Woche nach seiner Einbringung erledigt werden; über ihn wird namentlich abgestimmt.*
*4. Wird dem Ministerpräsidenten, der Landesregierung oder einem Minister das Vertrauen entzogen, so haben sie die Geschäfte so lange weiterzuführen, bis ein neuer Ministerpräsident gewählt, eine neue Regierung oder ein neuer Minister bestätigt worden ist.*
*5. Falls der Landtag nicht innerhalb von 4 Wochen nach dem Beschluss, der Landesregierung das Vertrauen zu entziehen, einer neuen Regierung das Vertrauen ausspricht, ist er aufgelöst.*»
«(1) El Presidente de los Ministros, el Gobierno del *Land* y los Ministros requieren para el desempeño de sus funciones la confianza del *Landtag*.
(2) Deberán dimitir en el caso de que el *Landtag* les retire la confianza con la mayoría de los miembros legales.
(3) La moción para la retirada de la confianza podrá votarse como mínimo el segundo días tras la finalización del debate y debe votarse como máximo en el plazo de una semana desde su tramitación; la votación sobre la misma será nominal.
(4) En el caso de que se retire la confianza al Presidente de los Ministros, al Gobierno del *Land* o a un Ministro, deberán continuar desempeñando sus cargos hasta que se elija a un nuevo Presidente de los Ministros o se confirme la elección de un nuevo Gobierno o un nuevo Ministro.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 734



dido por la Constitución de Baden-Württemberg, que se dilata hasta los tres meses.[56]

### III.3. LA MOCIÓN DE CENSURA CLÁSICA

Solamente el Saarland conserva la moción de censura en su modalidad negativa o «destructiva», como exclusiva retirada de la confianza. El artículo 88 de la Constitución de este *Land* comienza afirmando que los miembros del Gobierno necesitan la confianza de la Cámara parlamentaria para poder desempeñar su cargo, de modo que deberán dejarlo en el momento en que el *Landtag* les retire la confianza. La retirada de la confianza mediante la moción de censura requiere únicamente el voto de la mayoría de los miembros legales del Parlamento, lo que indica que, a pesar del carácter no constructivo de la moción, sí se contempla algún mecanismo racionalizador de la institución. A este factor se añade el obligado respeto de un plazo mínimo de dos días que debe mediar entre la celebración del debate y la votación, lapso que en todo caso no puede superar los siete días.[57]

---

(5) En el caso de que el *Landtag* no exprese su confianza a un nuevo Gobierno en el plazo de 4 semanas tras la adopción de la resolución de retirar la confianza al Gobierno del *Land*, quedará disuelto el *Landtag*.»

[56] Artículo 54 de la Constitución del *Land* de Baden-Württemberg de 11 de noviembre de 1953:
«*(1) Der Landtag kann dem Ministerpräsidenten das Vertrauen nur dadurch entziehen, daß er mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt und die von diesem gebildete Regierung gemäß Artikel 46 Abs. 3 bestätigt.*
*(2) Zwischen dem Antrag auf Abberufung und der Wahl müssen mindestens drei Tage liegen.*»
«(1) El *Landtag* puede únicamente retirar la confianza al Presidente de los Ministros eligiendo por mayoría de sus miembros a un sustituto y ratificando el Gobierno que éste forme de conformidad con el artículo 46, apartado 3.
(2) Entre la solicitud de retirada y la votación deben transcurrir tres días como mínimo.»
Artículo 46:
«*(3) Die Regierung bedarf zur Amtsübernahme der Bestätigung durch den Landtag. Der Beschluß muß mit mehr als der Hälfte der abgegebenen Stimmen gefaßt werden.*»
«(3) El Gobierno requiere para comenzar a desempeñar sus funciones su ratificación pro el *Landtag*. La resolución debe ser adoptada por más de la mitad de lo votos emitidos.»
Artículo 47:
«*Wird die Regierung nicht innerhalb von drei Monaten nach dem Zusammentritt des neugewählten Landtags oder nach der sonstigen Erledigung des Amtes des Ministerpräsidenten gebildet und bestätigt, so ist der Landtag aufgelöst.*»
«En caso de que el Gobierno no sea formado y confirmado en el plazo de tres meses tras la constitución del nuevo *Landtag* o tras cualquier otra circunstancia que haya determinado el término del mandato del Presidente de los Ministros, se disolverá el *Landtag*.»

[57] Artículo 88 de la Constitución del Saarland de 15 de diciembre de 1947:
«*(1) Die Mitglieder der Landesregierung bedürfen zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Landtages. Sie scheiden aus ihrem Amt, wenn ihnen der Landtag das Vertrauen entzieht.*
*(2) Das Vertrauen kann durch Ablehnung des Antrages, das Vertrauen auszusprechen (Vertrauensfrage), oder durch die ausdrückliche Erklärung des Misstrauens (Misstrauensvotum) entzogen werden. Die Vertrauensfrage kann nur von der Landesregierung in ihrer Gesamtheit, der Antrag auf ausdrückliche Erklärung des Misstrauens nur von einer Fraktion gestellt werden.*
*Der Beschluss, das Vertrauen zu entziehen, bedarf der Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl des Landtages. Die Abstimmung über den Entzug des Vertrauens darf frühestens am zweiten Tage und muss spätestens am siebten Tage nach dem Schluss der Aussprache stattfinden. Die Abstimmung erfolgt namentlich.*»
«(1) Los miembros del Gobierno del *Land* necesitan para el desempeño de sus funciones la confianza del *Landtag*. Quedan relegados de su cargo cuando el *Landtag* les retire la confianza.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 735



## III.4. LA CONSTITUCIÓN DE BAVIERA: UN CASO SINGULAR

La Constitución de Baviera es la única que ha renunciado a incluir en su articulado tipo alguno de moción de censura. En el *Land* bávaro se elige al Presidente de los Ministros, de conformidad con el artículo 44.1 de la Constitución, por un tiempo determinado de cuatro años: «El Presidente de los Ministros es elegido para un período de cuatro años por el *Landtag* salido de las elecciones en un plazo máximo de una semana tras su constitución.»[58]

La dimisión del Gobierno depende del criterio del *Ministerpräsident* o Presidente del Consejo de Ministros, pero con una matización clave: Esta Constitución, que no recoge los mecanismos ni de la moción de censura ni de retirada de la confianza, establece en cambio que el Presidente del Consejo de Ministros del *Land* debe dimitir cuando «las circunstancias políticas hagan imposible una cooperación basada en la confianza entre él y el *Landtag* (o Parlamento del *Land*)». La renuncia del Presidente acarrea en todo caso la caída del Gobierno.[59] En caso de dimisión o fallecimiento del *Ministerpräsident* durante su mandato, debe elegirse en la siguiente reunión de la Cámara parlamentaria un nuevo Presidente de los Ministros para el resto del mandato. No obstante, si la nueva elección no se realizara en el plazo de cuatro semanas, el Presidente del Parlamento deberá disolver la Cámara.[60]

---

(2) La confianza puede retirarse mediante el rechazo de la moción de ratificación de la confianza (cuestión de confianza) o mediante la declaración expresa de la desconfianza (moción de censura). La cuestión de confianza sólo puede ser planteada por el Gobierno del *Land* en su conjunto, pudiendo la moción para una expresa declaración de la desconfianza únicamente ser planteada por una fracción parlamentaria.
La resolución de retirada de la confianza requiere el apoyo de la mayoría de los miembros legales del *Landtag*. La votación sobre la retirada de la confianza podrá celebrarse como mínimo el segundo día y como máximo el séptimo día tras el final del debate. La votación será nominal.»

[58] Artículo 44.1 de la Constitución bávara:
«*Der Ministerpräsident wird von dem neugewählten Landtag spätestens innerhalb einer Woche nach seinem Zusammentritt auf die Dauer von vier Jahren gewählt.*»
«El Presidente de los Ministros es elegido por el nuevo *Landtag* en el plazo máximo de una semana desde su constitución y para un período de cuatro años.»

[59] Artículo 44.3 de la de la Constitución de Baviera:
«*Der Ministerpräsident kann jederzeit von seinem Amt zurücktreten. Er muß zurücktreten, wenn die politischen Verhältnisse ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten zwischen ihm und dem Landtag unmöglich machen. Der Rücktritt des Ministerpräsidenten hat den Rücktritt der Staatsregierung zur Folge. Bis zur Neuwahl eines Ministerpräsidenten geht die Vertretung Bayerns nach außen auf den Landtagspräsidenten über. Während dieser Zeit kann der Landtagspräsident vom Landtag nicht abberufen werden.*»
«El Presidente de los Ministros podrá dimitir de su cargo en cualquier momento. Debe dimitir cuando las circunstancias políticas impidan una cooperación de confianza entre él y el *Landtag*. La dimisión del Presidente de los Ministros comporta la dimisión del Gobierno. Hasta la elección de un nuevo Presidente de los Ministros corresponde la representación de Baviera en el exterior al Presidente del *Landtag*. Durante este período no podrá el *Landtag* prescindir de su Presidente.»
FINKELNBURG, K., «Zum Mibtrauensvotum im deutschen Staatsrecht», *op. cit.,* p. 15.

[60] Apartados 4 y 5 del artículo 44 de la Constitución bávara:
«*(4) Bei Rücktritt oder Tod des Ministerpräsidenten während seiner Amtsdauer wird in der nächsten Sitzung des Landtags ein neuer Ministerpräsident für den Rest der laufenden Amtsdauer gewählt.*
*(5) Kommt die Neuwahl innerhalb von vier Wochen nicht zustande, muß der Landtagspräsident den Landtag auflösen.*»
«(4) En caso de dimisión o fallecimiento del Presidente de los Ministros durante su mandato se votará en la siguiente sesión del *Landtag* a un nuevo Presidente de los Ministros para el resto de la duración del cargo.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 736



### III.5. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

En los *Länder* de Berlín, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland y en Baden-Württemberg, artículos 57, 110.2, 99.1 y 2, 88 y 56 de las Constituciones respectivas, se prevé el voto de censura contra ministros individuales.[61] Hemos comentado ya el caso berlinés, según el cual puede retirarse la confianza de la Cámara al Alcalde, lo que comporta el cese del conjunto del Gobierno, pero también a un solo Senador (o miembro del ejecutivo). La obligación de dimisión inmediata se conjuga con el deber de todo Senador de, si así se le solicitara, permanecer en el desempeño de su cargo hasta la toma de posesión de su sucesor.[62]

Asimismo, en la Constitución de Bremen se prevé la retirada de la confianza a un miembro del Senado o Consejo de Gobierno, iniciativa que se regula en los mismos términos que la censura contra el Gobierno. La censura debe proponerse por la cuarta parte de los miembros legales de la Cámara y debe informarse sobre la misma a todos los Diputados y al Consejo de Gobierno con un mínimo de una semana de antelación a la sesión en cuyo orden del día figure la moción. La peculiaridad a la que más arriba aludíamos de la Constitución de Bremen queda también referida a la exigencia de responsabilidad individual: la censura únicamente cobrará efectividad cuando el Parlamento acuerde un sustituto para el cargo o apruebe una ley mediante la cual se reduce correlativamente el número de miembros del órgano ejecutivo.[63]

En la Constitución de Bremen se prevé además el supuesto de que, ante el incumplimiento por un miembro del Gobierno de las obligaciones que se derivan del cargo o si aquel violentara el deber de secreto o no guardara la consideración debida al órgano de gobierno, podría a solicitud del conjunto del Senado retirarse a ese miembro del Gobierno su condición de tal por la Asamblea. Tengamos en cuenta que los miembros del Senado u órgano de gobierno son elegidos mediante votación de la Asamblea, siendo el Presidente del Senado elegido en primer lugar en una votación especial.[64]

---

(5) En el supuesto de que la nueva elección no se produjera en el plazo de cuatro semanas, deberá el Presidente del *Landtag* disolver éste.»

[61] VON BOETTICHER, C., *Parlamentsverwaltung und parlamentarische Kontrolle, op. cit.*, p. 253.

[62] Apartados 2 y 3 del artículo 57 de la Constitución de Berlín.

[63] Artículo 110.IV de la Constitución de Bremen:

«*Wenn sich ein Mitglied des Senats beharrlich weigert, den ihm gesetzlich oder nach der Geschäftsordnung obliegenden Verbindlichkeiten nachzukommen oder der Pflicht zur Geheimhaltung zuwiderhandelt oder die dem Senat oder seiner Stellung schuldige Achtung gröblich verletzt, so kann ihm auf Antrag des Senats durch Beschluß der Bürgerschaft die Mitgliedschaft im Senat entzogen werden.*»
«Si un miembro del Gobierno se niega de forma persistente a cumplir sus obligaciones establecidas legalmente o por el Reglamento o actúa de forma contraria a su deber de confidencialidad o viola la debida consideración que debe al Gobierno o a su puesto, puede entonces a petición del Gobierno y mediante resolución de la Asamblea retirársele la condición de miembro del Gobierno.»

[64] Artículo 107 de la Constitución de Bremen:
«*Die Landesregierung besteht aus einem Senat. Ihm gehören Senatoren an, deren Zahl durch Gesetz bestimmt wird. Zu weiteren Mitgliedern des Senats können Staatsräte, deren Zahl ein Drittel der*

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 737



El artículo 99.1 de la Constitución del *Land* de Rheinland-Pfalz dispone que tanto el Presidente de los Ministros, como el Gobierno, como los Ministros requieren de la confianza de la Cámara para poder desempeñar sus funciones, por lo que deberán dimitir en el supuesto de que el Landtag les privara de la confianza mediante la mayoría de los votos de sus miembros legales. La moción puede dirigirse tanto contra el Presidente de los Ministros, como contra el Gobierno o contra los Ministros. En los tres casos procede la dimisión de los aludidos, pero también la obligación de permanecer en el cargo hasta la elección de la persona u órgano sustituto. El plazo de cuatro semanas para la elección de un sustituto, y la consiguiente disolución del *Landtag* en caso de no cumplirse, más arriba mencionado, únicamente afecta a los supuestos de exigencia de responsabilidad al Gobierno y no para el supuesto de censura individual.

La regulación de la relación de confianza entre ejecutivo y legislativo ha sido objeto de diversas reformas en la Constitución del Saarland. De conformidad con el artículo 88 vigente, los miembros del Gobierno del *Land* requieren de la confianza de la Cámara para poder desempeñar sus funciones, debiendo dejar su cargo en caso de que les sea retirada aquélla. También frente a los Ministros puede ejercerse por tanto la moción de censura que, como indicábamos *supra*, posee en este *Land* un carácter clásico y no constructivo.

Como moción de censura contra un Ministro puede entenderse la previsión del artículo 56 de la Constitución de Baden-Württemberg, puesto que

---

*Zahl der Senatoren nicht übersteigen darf, gewählt werden. Diese weiteren Mitglieder stehen für die Dauer ihrer Mitgliedschaft im Senat in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis; das Nähere regelt ein Gesetz.*

*Die Senatsmitglieder werden von der Bürgerschaft mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen für die Dauer der Wahlperiode der Bürgerschaft gewählt. Dabei wird zunächst der Präsident des Senats in einem gesonderten Wahlgang gewählt. Staatsräte als weitere Mitglieder werden auf Vorschlag des Senats gewählt.*

*Bis zur Wahl eines Senats durch die neue Bürgerschaft führt der bisherige Senat die Geschäfte weiter. Gewählt werden kann, wer in die Bürgerschaft wählbar ist. Er braucht weder seine Wohnung noch seinen Aufenthalt in der Freien Hansestadt Bremen gehabt zu haben.*

*Wiederwahl der Mitglieder des Senats ist zulässig.*

*Der Gewählte ist zur Annahme der Wahl nicht verpflichtet; auch steht ihm der Austritt aus dem Senat jederzeit frei.*»

«El Gobierno del *Land* se compone de un Senado. Al mismo pertenecen Senadores en un número fijado por la ley. Como miembros adicionales del Senado podrán ser elegidos Consejeros estatales, cuyo número no podrá superar un tercio del número de los Senadores. Estos miembros adicionales disfrutan durante su pertenencia al Senado de una relación jurídico-pública, esta regulación se concretará mediante una ley.

Los miembros del Senado son elegidos por la Asamblea con la mayoría de los votos emitidos para el período de la legislatura de la Asamblea. A estos efectos se elige en primer lugar al Presidente del Senado en una votación especial. Los Consejeros estatales como miembros adicionales son elegidos a propuesta del Senado.

Hasta la elección de un Senado por la nueva Asmablea continuará el anterior Senado conduciendo la gestión.

Podrá ser elegido quien sea elegible en la Asamblea. No necesita haber tenido su domicilio ni haber permanecido en la Ciudad Libre Portuaria de Bremen.

Se admite la reelección de los miembros del Senado.

El elegido no está obligado a la aceptación de la elección; asimismo puede dejar de pertenecer en cualquier momento al Senado.»

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 738



éste deberá prescindir de un miembro del Gobierno si así lo determinara el Parlamento en una votación por mayoría de dos tercios.[65] Ello resulta acorde con la forma de elección de los miembros del Gobierno, pues aunque éstos sean elegidos y designados por el Presidente de los Ministros, la composición del Gobierno requiere la aprobación del Parlamento con más de la mitad de los votos emitidos antes de comenzar a desempeñar sus funciones, de modo que incluso cualquier incorporación de un nuevo miembro del Gobierno necesita el asentimiento de la Cámara.[66]

## IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

De los dieciséis *Länder* en los que se estructura territorialmente la República Federal de Alemania trece incorporan en sus Constituciones la moción de censura constructiva, aunque de éstos cinco lo hagan con la peculiaridad de que moción y elección del sustituto se efectúen en dos actos de votación diferentes. Únicamente un *Land*, el Saarland, conserva actualmente la moción de censura en su vertiente clásica, optando el Baviera por una regulación singular que prescinde de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política directa para incluir entre las facultades del Presidente de los Ministros la de apreciar cuándo le resulta imposible seguir gobernando por haber perdido la confianza de la Cámara parlamentaria.

Se pone de relieve así el papel que jugaron y la influencia que ejercieron las Constituciones de algunos de los *Länder* en la regulación de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política en la Ley Fundamental de Bonn. Cuajaban en estas nuevas Constituciones las preocupaciones y las ideas gestadas para contrarrestar la excesiva inestabilidad gubernamental y suponían un primer ensayo para la solución que iba a

---

[65] Artículo 56 de la Constitución de Baden-Württemberg:
«*Auf Beschluß von zwei Dritteln der Mitglieder des Landtags muß der Ministerpräsident ein Mitglied der Regierung entlassen.*»
«Por resolución de dos tercios de los miembros del *Landtag*, el Presidente de los Ministros deberá prescindir de un miembro del Gobierno.»

[66] Artículo 46 de la Constitución de Baden-Württemberg:
«*(1) Der Ministerpräsident wird vom Landtag mit der Mehrheit seiner Mitglieder ohne Aussprache in geheimer Abstimmung gewählt. Wählbar ist, wer zum Abgeordneten gewählt werden kann und das 35. Lebensjahr vollendet hat.*
*(2) Der Ministerpräsident beruft und entläßt die Minister, Staatssekretäre und Staatsräte. Er bestellt seinen Stellvertreter.*
*(3) Die Regierung bedarf zur Amtsübernahme der Bestätigung durch den Landtag. Der Beschluß muß mit mehr als der Hälfte der abgegebenen Stimmen gefaßt werden.*
*(4) Die Berufung eines Mitglieds der Regierung durch den Ministerpräsidenten nach der Bestätigung bedarf der Zustimmung des Landtags.*»
«(1) El Presidente de los Ministros es elegido por el *Landtag* por la mayoría de sus miembros sin debate en una votación secreta. Resulta elegible quien pueda ser elegido Diputado y tenga 35 años cumplidos.
(2) El Presidente de los Ministros nombra y despide a los Ministos, a los Secretarios de Estado y a los Consejeros de Estado. Nombra a su suplente.
(3) El Gobierno requiere para comenzar sus funciones la confirmación por el *Landtag*. La resolución debe ser adoptada con más de la mitad de los votos emitidos.
(4) El nombramiento de un miembro del Gobierno por el Presidente de los Ministros tras la confirmación requiere la aprobación del Landtag.

11719-740-Estado autonomico67 15/10/05 11:52 Página 739



adoptarse en la llamada «*Grundgesetz*» alemana en 1949. El fenómeno era, por tanto, el inverso al que acontecería posteriormente en España, donde la primera regulación de la moción de censura constructiva se realizaría en la Constitución de 1978, difundiéndose e incorporándose posteriormente y a tenor de la influencia de la Carta magna en los ordenamientos autonómicos.

Este orden cronológico explica asimismo la mayor diversidad de regulaciones y matices existentes en Alemania respecto al modelo español. En nuestro país, el mimetismo respecto a la regulación constitucional caracteriza en gran medida la regulación autonómica de la moción de censura. En cambio, en los *Länder* alemanes la diversidad de regulaciones es mayor, como muestra la distinción en cuatro grupos de las regulaciones constitucionales efectuadas.

La heterogeneidad se pone también de relieve en cuanto a la previsión de mecanismos de exigencia de la responsabilidad individual, no previstos en la Ley Fundamental, y sin embargo incorporados y regulados en las Constituciones de cinco de los *Länder*.

Si en España, pues, va a ser el artículo 113 de la Constitución pauta y modelo para los Estatutos de Autonomía o, en su caso, para las respectivas leyes de gobierno, en la República Federal de Alemania resulta el artículo 67 reflejo de la regulación de la moción de censura incorporada ya con un pionero carácter constructivo en determinadas Constituciones federales.

11719-740-Estado autonómico67 15/10/05 11:52 Página 740

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 741

# EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO EN LA GLOBALIZACIÓN: LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA TENSIÓN ENTRE REGIONALIZACIÓN Y REGIONALISMO[1]

**Mariano Ferrero[2]**
*Doctorando en el Departamento de Relaciones Internacionales.*
*Universidad del País Vasco*

## I. INTRODUCCIÓN

En todo sistema político estatal existe una tensión inmanente entre centralización y descentralización territorial del poder que las diferentes constituciones «resuelven» formalmente estableciendo grados variables de (des)centralización que conducen a la identificación dicotómica de sistemas unitarios y federales (con categorías intermedias, en su caso). Sin embargo, debe tenerse presente la dinámica de estas formas de organización territorial, tanto porque en cada momento se asiste a procesos de «descentralización» o «centralización» respecto de una situación organizativa de referencia (DE VERGOTTINI, 1987: 19) como por los diversos usos políticos de que puede ser objeto la aplicación de la fórmula organizativa constitucional. En este sentido, pretendemos explorar la fórmula de permisividad constitucional a la conformación de regiones para el desarrollo económico y social (art. 124) incorporada por la reforma constitucional de 1994 y, transcurrida una década, su operatoria dinámica como parte del proceso federal argentino.

La Constitución argentina constituye, en el contexto del derecho constitucional latinoamericano, el exponente vigente más antiguo de sistema federal de organización del Estado. En efecto, la carta magna de 1853 consagra un tipo de Estado compuesto estableciendo una distribución territorial del poder que reconoce autonomía –legislativa y constitucional– a las unidades federadas, i.e. las provincias. Sin embargo su aplicación ha estado históricamente signada por una praxis política caracteri-

---

[1] Algunos de los principales conceptos que vertebran esta comunicación han surgido en charlas con mi colega y amigo Igor FILIBI LÓPEZ, cuyas sugerencias quiero agradecer de modo especial. El resultado final, con todas sus imperfecciones, es por supuesto de mi entera responsabilidad.

[2] Rosario-Argentina, 1972. Licenciado en Relaciones Internacionales y en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario. Doctorando en el departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Su tema de Tesis doctoral versa sobre»Problemas de legitimación del MERCOSUR en la era de la globalización». Coordinador temático del área teórica en el proyecto de investigación internacional»El constitucionalismo transnacional como factor decisivo en la transición de la sociedad internacional a una sociedad mundial» liderado por la Universidad Empresarial Siglo 21, de Córdoba-Argentina (E-mail: cjxfexxm@lg.ehu.es).

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 742



zada por el notable predominio del centro, *ergo* del gobierno nacional, que ha conducido a una disonancia entre la Constitución formal y el derecho constitucional material (BIDART CAMPOS, 1992; QUIROGA LAVIÉ, 1991).

La consolidación de un tipo de «federación centralizada» (LUATTI, 1998: 362) o «centrípeta» (DELICH, 2004: 103) se asienta sobre, a la vez que ha reforzado, el estructural desequilibrio territorial de recursos económicos, demográficos y de poder entre Buenos Aires (y su zona metropolitana) y el resto del país (el interior). Sobre esta base, la tendencia centralizadora que caracterizó mundialmente la aparición del Estado social se saldó con una expansión de las atribuciones federales en materia económica y social y una creciente dependencia económico-financiera de la mayoría de las provincias respecto del presupuesto nacional. Por último, los recurrentes golpes de Estado entre 1930 y 1983 implicaban la instalación de gobiernos autoritarios a nivel federal que intervenían las instituciones provinciales para someterlas a su control centralizado. En todo caso no debe olvidarse que esa prevalencia del poder central de la federación, en especial en lo atinente al intervencionismo socio-económico, se enmarcaba en la economía política internacional de la era *keynesiana* conformado sobre espacios económicos nacionales discretos (CAMERON/PALAN, 1999).

Ahora bien, esta territorialidad discreta de las economías nacionales se está viendo afectada por los cambios que experimenta la economía política mundial en la era de la globalización. En concreto se pasa del paradigma de lo internacional, basado en la interconexión de espacios «nacionales» –que continúan, no obstante, siendo sitios distintos y separados divididos claramente por sus fronteras– al paradigma de lo global. Este último hace referencia a «procesos debido a los cuáles las relaciones sociales adquieren cualidades relativamente *borderless* y *distanceless*, de tal modo que las vidas humanas son crecientemente actuadas en el mundo como un único sitio» (SCHOLTE, 1997 a: 14-15). En consecuencia, se trata de un fenómeno caracterizado por la aparición del globo como un espacio social único para numerosas prácticas sociales y la simultánea pérdida relativa de centralidad de la distancia y de las fronteras estatales para la organización de las relaciones sociales de todo tipo.

Por lo tanto, debemos prestar atención inicialmente a las transformaciones estructurales que la globalización está significando para la economía política mundial. Estos cambios configuran los contornos contextuales en que tienen lugar, y cobran sentido, las previsiones sobre conformación de regiones que forma parte de los institutos incorporados por la reforma constitucional de 1994 para renovar el sistema federal argentino.

## II. LA TENDENCIA DESCENTRALIZADORA EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

En primer lugar señalaremos que entendemos la globalización como un proceso histórico abierto, a través del que se está operando una transfor-

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 743



mación multidimensional del conjunto de la sociedad mundial (HELD *et al.*, 1999). Las transformaciones globales son una consecuencia del encuentro de ciertas prácticas socio-espaciales de carácter transterritorial, tanto económicas como políticas y culturales, con las prácticas preexistentes inscriptas en la espacialidad territorial-nacional. En particular, nos interesa destacar que se opera una reorganización espacial que se traduce en una nueva geoeconomía política mundial (DICKEN, 1998) diseñada, primordialmente, por las prácticas de las grandes corporaciones económicas privadas. De todo ello resulta la conformación de redes de producción y comercialización de bienes y servicios, así como de sistemas financieros, de carácter transnacional. En definitiva, han ido constituyendo una economía global que opera en un espacio transterritorial y que «contiene a la «antigua» economía internacional dentro de un nuevo marco que se basa en el territorio de los Estados pero no es necesariamente nacional en términos de propósito, organización y beneficio» (TOOZE, 1997: 221).

En tanto estas actividades económicas globales se materializan en territorios bajo la autoridad soberana de los Estados, éstos se han visto involucrados en la implementación de los marcos regulatorios que han permitido mover libremente el capital, los insumos productivos, la tecnología, y los productos, a través de las fronteras. Para ello han venido desarrollando, a través de instituciones multilaterales como la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional (FMI), o las normativas bancarias de Basilea, una serie de regímenes legales regulatorios que permitan gestionar transterritorialmente la operatoria del capitalismo global (SCHOLTE, 1997 b). Asimismo han establecido, a escala regional, esquemas regulatorios e institucionales tales como la Unión Europea, el NAFTA o el MERCOSUR para gestionar espacios económicos ampliados. De este modo, por tanto, el Estado ha sido un agente clave en el desarrollo de los procesos globales, siendo al mismo tiempo sensiblemente modificado en su organización y funcionamiento.

En este sentido, la distribución territorial del poder en los Estados compuestos se ve afectada por el impulso *prima facie* centralizador que ejerce la participación en regímenes internacionales, monopolizado por el gobierno central, que establecen parámetros restrictivos para la adopción de medidas de política económica a los distintos niveles de gobierno (PANITCH, 1996: 86). De modo particular, en países altamente endeudados como Argentina, los programas de «ajuste estructural» impuestos por los tecnócratas del FMI y el Banco Mundial, privilegian ciertas metas macroeconómicas –control inflacionario, reducción del gasto público y equilibrio presupuestario– en detrimento de las responsabilidades sociales (MINSBURG, 1999). Estas metas «nacionales» justifican la presión ejercida desde el centro por el Ministerio de Economía sobre las provincias para adaptar su gestión a ciertos criterios sobre la restricción del déficit fiscal.

Paralelamente, no obstante, se constata que la lógica de la economía global ha venido a reconfigurar la organización territorial de los espacios

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 744



económicos nacionales mediante la desigual inserción de sus territorios en la nueva geoeconomía global emergente. En este sentido, se torna pertinente visualizar a la globalización como *glocalización* entendiendo por tal el fenómeno de la incrustación local de lo global, de tal modo que la geografía económica mundial se reconfigura sobre la base de un «mosaico de economías regionales» sub-nacionales (SCOTT, 1998), descentrando el carácter discreto que se presume de una economía nacional. Por lo tanto adquieren mayor significación los espacios regionales y locales en cuanto sitio de (potencial) aglomeración de actividades productivas, y se asiste a una competencia entre regiones y ciudades por atraer la inversión y las actividades productivas de la economía global. Estas transformaciones requieren nuevas modalidades de organización y gestión territorial para implementar políticas regionales de desarrollo económico y social adaptadas a cada entorno que ayuden al territorio (socialmente entendido) bajo su jurisdicción a posicionarse como alguna de las «regiones que ganan» en la nueva geoeconomía (BOISIER, 1997; LIPIETZ/BENKO, 1992).

En consecuencia, esta inserción territorialmente diferenciada de los espacios sub-nacionales ha alentado una tendencia descentralizadora del poder territorial, tanto en sistemas federales como unitarios, en los sitios más dispares del planeta. Esta generalización experimentada por las políticas descentralizadoras no esconde, sin embargo, los contenidos diversos que se pueden adjudicar a este concepto polisémico, convirtiéndolo en «un ámbito conflictivo de intereses» (CARRIÓN, 2004: 19-20). En este orden de ideas se ha distinguido analíticamente entre dos tipos de estrategias en función del origen del impulso descentralizador: existen estrategias de control, cuando es de arriba-abajo (impulso estatal central) y estrategias de regulación, cuando es una respuesta a impulsos originados en la sociedad o gobiernos sub-nacionales (CABRERO MENDOZA, 1996: 87-90). Finalmente, debe señalarse que la adaptación al contexto económico globalizado no sólo implica dinámicas competitivas entre las unidades sub-nacionales sino que también impulsa prácticas colaborativas que, en los sistemas federales, se plasman en distintas modalidades del federalismo cooperativo (BOECKELMAN, 1996).

## III. FEDERALISMO COOPERATIVO HORIZONTAL Y CREACIÓN DE REGIONES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En Argentina, como en otros países latinoamericanos, la transición democrática permitió el desarrollo de esta nueva tendencia mundial descentralizadora que, en el marco de un sistema federal «centralizado», se expresó como voluntad de recuperar el «verdadero federalismo». Este impulso encontraría reflejo en el derecho público provincial, como consecuencia del ciclo de reformas de numerosas constituciones provinciales iniciado en 1986. En estas circunstancias se incorporan una serie de disposiciones, inspiradas doctrinariamente por la denominada «cláusula federal» de Pedro J. FRÍAS (FRÍAS *et al.*, 1987: 384), que reivindican las capa-

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 745



cidades autónomas de actuación de las provincias –incluso en el plano internacional– al tiempo que promueven el desarrollo de fórmulas y mecanismos de un federalismo de concertación. Esto incluye no solamente la acción concertada entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales (cooperación vertical) sino también la actuación conjunta y celebración de convenios entre gobiernos provinciales (cooperación horizontal) que, en su caso, pueden implicar el establecimiento de regiones.

A este último respecto, y sobre estas bases, se pusieron en marcha iniciativas regionalistas a través de la suscripción de acuerdos interprovinciales como los del noroeste, el tratado de integración del Norte Grande Argentino (1987), y del oeste, el tratado de integración económica del Nuevo Cuyo (1988). Estos antecedentes informaron los trabajos de la Convención Nacional Constituyente que, en el curso de 1994, llevaría a cabo la principal revisión experimentada por la centenaria Constitución argentina. En lo atinente a la organización territorial del poder político, se incorporan una serie de institutos que receptan este impulso descentralizador apuntando, en su conjunto, hacia una profundización (¿formal?) del federalismo. En este contexto, que algún protagonista interpreta como de revitalización de «un claro proyecto federal para el futuro argentino» (HERNÁNDEZ, 1997: 123), se inscribe la explícita previsión constitucional de que las provincias puedan crear regiones para promover el desarrollo económico y social. En este sentido se consagra explícitamente con carácter declarativo, y no constitutivo de su admisibilidad, un instrumento cooperativo que estaba implícito en los principios federales del ordenamiento constitucional argentino.

En efecto, si bien antes de la reforma esta posibilidad era admitida como derivada de la aplicación concordante de los artículos 107 (actual 125) y 108 (actual 126), el constituyente de 1994 recepta expresamente en el artículo 124 la región como un instrumento de ordenamiento territorial compatible con el sistema federal.[3] En este sentido la conformación de regiones es una potestad de las provincias –en tanto nivel territorial de autoridad política en la federación– para la gestión descentralizada, pero concertada, de intereses supraprovinciales que no son necesariamente de orden nacional. Esta modalidad de cooperación horizontal responde, por lo demás, a los criterios de interdependencia y colaboración entre las diversas instancias de gobierno que caracterizan al actual federalismo cooperativo o de concertación. En este contexto, «la cooperación (de modo especial la de carácter horizontal) pretende como gran objetivo

[3] Art. 124: *Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico-social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación...*
Art. 125: *Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso Federal...*
Art. 126: *Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político...*

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 746



evitar que la necesidad de tratamiento unitario de ciertos problemas se traduzca en términos de centralización» (ALBERTI ROVIRA, 1996: 60).

En este orden de ideas se ha apuntado que, mientras en sistemas unitarios resultan un proceso innovativo, en los sistemas federales la descentralización y la regionalización presentan un carácter adaptativo que se sirve de las propias dinámicas estructurales del federalismo (BENZ, 1987). De este modo el proceso regionalizante es actuado por las unidades federadas en ejercicio de su autonomía, y afecta sólo de manera relativa a la estructura territorial de organización del Estado toda vez que no es admisible la regionalización política. En este sentido, según se desprende de una lectura sistemática de la Constitución argentina reformada, la región puede constituirse en un nivel de decisión *adjetivo*. Sin embargo, en tanto se prohibe expresamente la celebración de tratados interprovinciales de carácter político (art. 126), «la región no puede constituir un nuevo nivel de gobierno político» (HERNÁNDEZ, 1997: 83) alterando los equilibrios federales preexistentes cristalizados en el propio texto constitucional. Este es, por lo demás, un criterio que se encuentra habitualmente en las previsiones constitucionales sobre acuerdos entre unidades federadas en las diversas federaciones del mundo (*vid.* CROISAT, 1994: 112).

En consecuencia las provincias conservan la titularidad de las competencias, y el control de su ejercicio, aunque pueden ejecutarlas conjuntamente en el nivel regional pudiendo crear a tal fin órganos comunes (art. 124). De tal modo, las regiones constituirán un nivel decisional *adjetivo*, pero no por ello menos significativo para la gestión de espacios económico-sociales que en muchas ocasiones desbordan, y son transversales a, las jurisdicciones provinciales. En este sentido, la región constituye «una suerte de plataforma institucional que conecta física y virtualmente a los demás niveles territoriales del Estado» (GIULIANO, 2004: 296). En definitiva son las provincias, en uso de su esfera de autonomía y en un plano no jerárquico, las que tienen la facultad de articularse en regiones cuándo y cómo lo consideren oportuno a través de acuerdos voluntarios. El único requisito formal consiste en que sean efectuados «con conocimiento del Congreso nacional» (art. 124) de tal modo que, apartándose en este aspecto del modelo norteamericano, no es necesario solicitar el consentimiento federal.

De este modo puede concluirse que, en lo atinente al instrumento regional, la reforma constitucional de 1994 significó la formalización de un mecanismo de tipo horizontal que, *prima facie*, tiene una sensible impronta descentralizada que puede otorgarle un carácter progresivo en la praxis del federalismo.

## IV. EL SISTEMA FEDERAL EN LA ARGENTINA DE LOS '90 Y LOS USOS DEL INSTRUMENTO REGIONAL

Sin embargo, la incorporación de esta herramienta formalmente descentralizadora debe situarse en el contexto más amplio de la dinámica políti-

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 747



ca del sistema federal argentino. En este sentido, se la debe ubicar en el marco de un proceso federal históricamente marcado por la fuerza centrípeta de Buenos Aires, residencia del poder central, y en cabeza del Poder Ejecutivo nacional (PEN). En particular, su operatoria se inscribe en el marco del funcionamiento del sistema federal en la Argentina del «ajuste estructural» implementado en los 90 bajo la presidencia de Menem. En estas circunstancias el gobierno central, al tiempo que descentraliza responsabilidades de política social hacia las provincias, re-centraliza el control –en gran medida discrecional– sobre la asignación de los recursos económicos provenientes de la denominada *coparticipación impositiva*. Respecto a esta institución, las previsiones pro-descentralizadoras fijadas por la reforma constitucional de 1994 fueron ignoradas por una praxis política que condujo a prorrogar las disposiciones centralizadoras de los denominados «pactos fiscales» (*vid.* HERNÁNDEZ, 1997: 62-63).

A través de éstos, y de otros mecanismos, el PEN –y en especial el Ministerio de Economía– gozaron de discrecionalidad para repartir selectivamente premios y castigos a las provincias en función de su adopción de medidas de privatización de la banca pública provincial y restricción del gasto público (MONTERO, 2001: 55-59). Es en este contexto de implementación del modelo neoliberal donde debe comprenderse el denominado *proyecto Menem-Dromi*, que plantea –en función de presuntos criterios técnicos de eficiencia– la regionalización del país (MENEM/DROMI, 1997), como una estrategia de control cuyo ritmo y modalidades son conducidos desde el centro. En efecto este anteproyecto de ley nacional de regionalización, que no alcanzaría estado legislativo, propiciaba un *uso* centralizante del instrumento regional toda vez que el regionalismo se desarrollaría de manera vertical, desde la Nación hacia las provincias. Por lo demás, el diseño de las proyectadas regiones se quería sustentado en una racionalidad técnica en que el criterio predominante fue el (macro)económico, siendo el gasto público el elemento central de debate. Asimismo, la política fiscal se mostraba como medio más adecuado para la reforma, y una coparticipación por regiones y no por provincias sería la clave del cambio (CERVO, 2003: 21-22).

En este sentido, el proyecto se enmarca dentro de los lineamientos del Banco Mundial y el FMI respecto a un nuevo federalismo fiscal que, al realizar una asignación territorial «óptima» de responsabilidades de gasto y recaudación, coadyuve a la «austeridad presupuestaria» (*cfr.* REMMER/WIBBELS, 2000). Por lo tanto, si bien este proyecto como tal no tuvo mayor éxito, constituyó la principal expresión pública de una concepción tecnocrática habitual en el *establishment* neoliberal argentino (*cfr.* CARO FIGUEROA, 2001; ANTÓN, 1999) respecto a la «inviabilidad» (económico-fiscal) de numerosas provincias. En última instancia, como señala críticamente BORELLO (2000), la idea subyacente es que «hay provincias, regiones, quizás lugares (¿gente?) que no son viables y que, por lo tanto, deben ser agrupados con otros que forman provincias y regiones que sí lo son...». En

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 748



el *proyecto Menem-Dromi*, estas ideas se traducen en un diseño del mapa regional que impone la «asociación» de provincias más pobres con otras más prósperas, desconociendo las iniciativas regionalistas puestas en marcha por las propias provincias (PARMIGIANI, 2003). A su vez, mediante una muy discutida interpretación de la Constitución reformada (SABSAY, 1999), el gobierno federal creaba unas regiones en las que las provincias delegaban competencias propias, y en cuyos órganos de gobierno participaban funcionarios federales (HERNÁNDEZ, 2000: 107/116).

En estas circunstancias, por tanto, se entiende que el proyecto generara una gran desconfianza, y despertara un importante grado de rechazo por parte de actores gubernamentales y societales de algunas de las provincias más pujantes. De esta manera el proceso federal argentino desarrolla una forma de la tensión entre lo que, en el contexto europeo, se ha denominado la lógica de la regionalización y la lógica del regionalismo (*cfr.* KEATING, 1997). En este sentido la *regionalización*, en tanto política guiada por prioridades «nacionalmente» definidas, constituye un uso del instrumento regional al servicio de una estrategia de control centralizante. Frente a ello, el *regionalismo* representa una dinámica de abajo-arriba que expresa las demandas y prioridades de los actores gubernamentales y no gubernamentales de los distintos territorios que se auto-organizan asociándose de manera voluntaria. Por lo tanto, da lugar a un uso descentralizado del instrumento regional que refuerza la idea de un federalismo cooperativo horizontal. No obstante, como sostiene un protagonista de esas iniciativas regionalistas, «la conformación de regiones entre provincias en nuestro país no debe visualizarse como un mecanismo institucional de confrontación con el gobierno nacional. (Antes bien) debe ser visualizada como una instancia superadora, integradora, exigida por los tiempos actuales, que aporte consensos regionales y nacionales...» (CALZADA, 2004).

En cualquier caso, el sentido de la normativa constitucional se pone al servicio de una estrategia de regulación que permite la expresión de los impulsos originados al nivel de las unidades sub-nacionales. En efecto, estos impulsos se plasmaron en diversos acuerdos interprovinciales que han ido dibujando un nuevo mapa regional del país. Así, a los acuerdos previos a la reforma se han agregado el tratado fundacional de la Región de la Patagonia (1996), en el sur, y el tratado de integración del Norte Grande Argentino (1999), que nuclea a las provincias del noroeste y las del noreste. Finalmente, el tratado de integración regional entre las provincias de Córdoba y Santa Fe al que se incorporó luego Entre Ríos, dio origen en 1998 a la Región Centro. El proceso de conformación de esta última, catalizado como reacción al proyecto *menemista* regionalizador presentado en 1996, resulta ilustrativo de las iniciativas regionalistas. En este sentido, se generó una instancia de diálogo y debate entre agentes políticos, económicos y sociales cordobeses y santafesinos que terminaría impulsando, dos años después, la firma de una declaración conjunta de los gobernadores Mestre y Obeid en El Fortín, el 9 de mayo de 1998. Ésta tendría una concreción institucional posterior a fines de julio, con la

11741-754-Estado autonomico68 15/10/05 11:54 Página 749



creación de la Comisión Interparlamentaria para la Integración Regional, que desembocaría en el tratado firmado el 15 de agosto.

Por lo tanto, la iniciativa regionalista se sustenta en una coalición localizada pro-desarrollo económico y social, conformada por actores regionales, dentro de la cual «los actores más representativos del sector económico-productivo empresarial (comercial, industrial y agrícola-ganadero) se constituyeron en los impulsores primeros, más permanentes y activos de esta instancia de integración» (MARTÍNEZ MALAGUEÑO, 2002: 8). En este sentido la asociación entre las dos provincias más pujantes del interior, con su potencial de complementariedad y de aprovechamiento de sinergias, favorece el surgimiento de un potente polo económico-político que contribuya a atenuar el poder hegemónico de Buenos Aires. Por lo demás, situado en el marco de la nueva geoeconomía global –y de su expresión subcontinental, el Mercosur– la conformación de esta región *endonacional* fortalece las ventajas y capacidades de las provincias asociadas para mejorar su inserción en esta nueva espacialidad económica (*cfr.* ORTEGA, 2002). En este orden de ideas la Región Centro se piensa «ampliada» como parte del corredor austral de crecimiento, y articuladora del corredor bioceánico central que une el Atlántico y el Pacífico, asociando también a territorios brasileños, uruguayos y chilenos.

En consecuencia, este uso descentralizado del instrumento regional previsto por la Constitución reformada otorga el margen de actuación requerido para amoldarse a las estrategias flexibles de organización y gestión territorial en la economía global. Siguiendo las categorías desarrolladas por Boisier las provincias constituyen las *regiones pivotales* que, en función de su libre voluntad política, se vinculan conformando regiones asociativas y virtuales. La Región Centro constituye un caso de *región asociativa*, en la cual se vinculan unidades territoriales adyacentes con una perspectiva de largo plazo, para una gestión estratégica y funcionalmente más eficiente de su desarrollo. Por su parte ideas como la del corredor austral de crecimiento, vinculando territorios no necesariamente contiguos en torno a ciertos objetivos de corto y medio plazo, se aproximan a la noción de *región virtual*. En definitiva, sostiene Boisier (1994: 607), «la autodeterminación y la flexibilidad parecen constituir, en último término, los dos grandes ejes de la configuración de esta suerte de jerarquía anidada de regiones pivotales, asociativas y virtuales».

De este modo viene a evidenciar la relevancia que adquieren ciertos principios de fisonomía federalista, e impronta descentralizadora, en la gestión del desarrollo en la economía política globalizada. En este contexto la reforma constitucional de 1994 inscribe un instituto como la región, que cobra renovada utilidad en el desenvolvimiento procesual del sistema federal argentino. Se trata por lo demás de un proceso federal que, desbordando los límites del propio Estado, comienza a establecer relaciones en el marco del proceso de integración de MERCOSUR.

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 750



## V. CONCLUSIÓN

Retomando la frase inicial de Juan Bautista Alberdi, iuspublicista cuyo pensamiento inspiró la carta magna argentina, puede sostenerse que el constituyente de 1994 adaptó el andamiaje constitucional a las necesidades de estos tiempos en materia de organización territorial. En cualquier caso, una vez establecida esta estructura, el proceso federal sigue su curso marcado por los equilibrios siempre fluctuantes entre centralización y descentralización que, en nuestro caso, se expresan en la tensión entre regionalización y regionalismo. En este sentido puede decirse que la frase *alberdiana* trasuntaba una visión de las constituciones en general, y de las de las federaciones en particular, semejantes a la concepción de Carl Friedrich sobre un conjunto de normas constitucionales que combinen rigidez y elasticidad de forma que permita el desenvolvimiento y acomodación del sistema federal. En definitiva, que permita la expresión dinámica del federalismo como proceso histórico en que destacan, ora el potencial integrativo ora el potencial diferenciador, siempre dentro de un arreglo constitucional (La Pérgola, 1994: 22-23).

De esta manera, los equilibrios que se alcanzan en el proceso federal no son sino el resultado variable de las acciones e interacciones entre los agentes federales y provinciales, dada una determinada correlación de fuerzas. Ésta, indica la capacidad de negociación con que cuentan, en base a los recursos que controlan y a las circunstancias contextuales, los diferentes agentes negociadores. En este sentido la operatoria dinámica del instrumento regional en el proceso federal argentino ha tenido momentos de prevalencia de usos centralizantes y fases de impulsos de estrategias descentralizadas. Así, superada la época de crisis macroeconómica (1995-96) en que el gobierno nacional esbozara el proyecto regionalizador, se formulan iniciativas regionalistas como la de la Región Centro (1998-99). Sin embargo, pese a reafirmar los nuevos gobernadores su compromiso en 2000, el inicio de una larga recesión económica nacional y la atención prioritaria a los desequilibrios macroeconómicos en las provincias paralizaron el impulso de consolidación de la región central y fortalecieron la posición del centro nacional.

En esos años, que se prolongaron unos meses luego de la crisis de diciembre de 2001, cobraron renovada notoriedad ciertos estudios, vinculados a centros de pensamiento neoliberal, en relación a la «inviabilidad» económico-fiscal de numerosas provincias. Sus propuestas, inspiradas en el denominado nuevo federalismo fiscal, abogaban en muchas ocasiones por el diseño de bloques regionales de provincias, es decir por formas de regionalización fiscal. Sin embargo en los últimos dos años, en un contexto de relativa recuperación económica y de bonanza exportadora de sus principales productos, las provincias de la Región Centro recuperaron el impulso de su estrategia regionalista. En una evaluación de la actividad de la región durante 2004 se han destacado avances en la coordinación de posiciones negociadoras *vis-à-vis* la Nación en asuntos priorita-

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 751



rios, y en el diseño conjunto de políticas de infraestructura y otras de mejora de la competitividad económica (CALZADA, 2004). Asimismo, se anuncia para abril de 2005 una misión comercial conjunta a China con el objetivo de dar a conocer su potencial productivo y proyectar la *imagen corporativa* de la región en la geoeconomía global.

Por lo demás esta estrategia regionalista genera un desbordamiento del proceso federal (argentino) que se extiende hacia los territorios de los restantes miembros del MERCOSUR, tal como avizora el gobernador santafesino Obeid. En efecto, en una reciente reunión de los tres gobernadores señalaba que, en la medida que se consolide este proyecto de unidad, la Región Centro estará en condiciones de extenderse también a los departamentos del este de Uruguay y los estados del sur del Brasil (LA CAPITAL, 2004). En este sentido el regionalismo puede constituir un instrumento progresivo para el desarrollo de un proceso federal, y el establecimiento de arreglos constitucionales, a múltiples niveles en una América del Sur integrada y con un desarrollo territorialmente más equilibrado en el siglo XXI.

## BIBLIOGRAFÍA


ALBERTI ROVIRA, E. (1996); «El federalismo actual como federalismo cooperativo»; *Revista Mexicana de Sociología*; vol. 58; nº 4; octubre-diciembre; pp. 51/68.

ANTÓN, J. C. (1999); *Regiones económicas argentinas*; Ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires.

BENZ, A. (1987); «Regionalization and Decentralization»; en Bakvis, H. and Chandler, W. (eds.); *Federalism and the role of the State*; University of Toronto Press; Toronto; pp. 127/146.

BIDART CAMPOS, G. (1992); «El sistema constitucional argentino»; en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. y HERNÁNDEZ VALLE, R. (coords.); *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*; Dykinson; Madrid; pp. 35/98.

BOECKELMAN, K. (1996); «Federal systems in the Global Economy: research issues»; *Publius: The Journal of Federalism*; vol. 26; nº 1; winter; pp. 1/10.

BOISIER, S. (1994); «Postmodernismo territorial y globalización: regiones pivotales y regiones virtuales»; *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*; vol. 2; tercera época; nº 102; invierno; pp. 597/608.

BORELLO, J. A. (2000); «Buenos Aires y el interior: nuevos textos sobre antiguos quiebres»; *Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales*; vol. 26; nº 79; diciembre; pp. 115/129, en *SCIELO Chile*, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-716120... (acc. 27/12/04).

CABRERO MENDOZA, E. (1996); «Las políticas descentralizadoras en el ámbito internacional. Retos y experiencias»; *Nueva Sociedad*; nº 142; marzo-abril; pp. 72/95.

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 752



CALZADA, J. (2004); «El desarrollo económico y la Región Centro»; en *La Capital.com.ar*; lunes 27 de diciembre; http://www.lacapital.com.ar/2004/12/27/opinion/noticia_160790.shtml (acc. 28/12/04).

CAMERON, A. and Palan, R. (1999); «The imagined economy: mapping transformations in the contemporary state»; *Millennium: Journal of International Studies*; vol. 28; nº 2; pp. 267/288.

CARO FIGUEROA, J. A. (2001); «Reformar el Senado y el federalismo»; *Clarin.com*; miércoles 7 de febrero; http://old.clarin.com/diario/2001/02/07/o-01803.htm (acc. 27/12/04).

CARRIÓN, F. (2004); «La descentralización: una perspectiva comparada entre América Latina y Europa»; *Quorum. Revista Iberoamericana*; nº 8-9; primavera; pp. 19/33.

CERVO, A. J. (2003); *El regionalismo ad intra*; Programa de Investigación Geográfico Político Patagónico; Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; Buenos Aires; marzo; en http://www.uca.edu.ar/esp/sec-pigpp/esp/docs-estudios/investigacion/politica/politica.pdf (acc. 27/12/04).

CROISAT, M. (1994); *El federalismo en las democracias contemporáneas*; Hacer Editorial/Fundació Rafael Campalans; Barcelona.

DE VERGOTTINI, G. (1987); «La distribución territorial del poder político»; en AA.VV.; *Praxis autonómica: modelos comparados y modelo estatal*; Instituto Vasco de Administración Pública; Oñati; pp. 13/32.

DELICH, F. (2004); «Desigualdad regional y descentralización en los Estados federales»; *Quorum. Revista Iberoamericana*; nº 8-9; primavera; pp. 100/109.

DICKEN, P. (1998); *Global shift: transforming the world economy*; 3ª ed.; Paul Chapman; London.

FRÍAS, P. J., *et al.* (1987); *Derecho público provincial*; Depalma; Buenos Aires.

GIULIANO, D. A. (2004); «De la debilidad arquitectónica de nuestras regiones»; en AA.VV.; *IV Encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional. A 10 años de la reforma constitucional de 1994*; Universidad Nacional de Córdoba; Córdoba (Argentina); pp. 296/306.

HELD, D., McGrew, A. Goldblatt, D. and Perraton, J. (1999); *Global transformations. Politics, Economics and Culture*; Polity Press; Cambridge.

HERNÁNDEZ, A. M. (h.) (1997); *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*; Depalma; Buenos Aires.

HERNÁNDEZ, A. M. (h.) (2000); *Integración y Globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*; Depalma; Buenos Aires.

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 753



KEATING, M. (1997); «The political economy of regionalism»; en Keating, M. y Loughlin, J. (eds.); *The political economy of regionalism*; Frank Cass; London; pp. 17/40.

LA CAPITAL (Rosario) (2004); «La región Centro podría extenderse al este de Uruguay y el sur de Brasil»; en *La Capital.com.ar*, sábado 17 de diciembre; http://www.lacapital.com.ar/2004/12/17/general/noticia_158752 shtml (acc. 04/01/05).

LA PÉRGOLA, A. (1994); «El federalismo como proceso»; en La Pérgola, A.; *Los nuevos senderos del federalismo*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; pp. 21/86.

LIPIETZ, A. et BENKO, G. (dir.) (1992); *Les régions qui gagnent. Districts et réseaux: les nouveaux paradigmes de la géographie*; Presses Universitaires de France; Paris.

LUATTI, L. (1998); «Il federalismo «virtuale» latinoamericano: vicende storiche, problemi, prospettive»; en Groppi T. (a cura di); *Principio de autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata*; G. Giappichelli Editore; Torino; pp. 361/386.

MARTÍNEZ MALAGUEÑO, M. de los A. (2002); «Procesos de integración regional subnacional. La Región Centro de la República Argentina. Un estudio de caso»; en *TOP. Tecnología para la Administración Pública*, http://www.top.org.ar/Documentos/MARTINEZ%20MALAGUE%C3%91O%20Maria%20-%20Procesos%20de%20integracion%20regional.pdf (acc. 27/12/04).

MENEM, C. y DROMI, J. R. (1997); *Argentina por regiones. El nuevo federalismo. Las regiones para el desarrollo económico y social*; Ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires.

MINSBURG, N. (1999); «Transnacionalización, crisis y papel del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial»; en Borón, A., Gambina, J. y Minsburg, N. (comps.); *Tiempos Violentos. Neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina*; Eudeba/CLACSO; Buenos Aires; pp. 17/45.

MONTERO, A. P. (2001); «After decentralization: patterns of intergovernmental conflict in Argentina, Brazil, Spain, and Mexico»; *Publius: The Journal of Federalism*; vol. 31; nº 4; fall; pp. 43/64.

ORTEGA, J. (2002); «Región subnacional, región internacional y administración intergubernamental: realidades y propuestas»; Córdoba; julio; en *Colegio de Abogados de Quilmes, Instituto de Derecho de la integración,* http://www.caq.org.ar/integ/doct03-f.pdf (acc. 10/05/04).

PANITCH, L. (1996); «Rethinking the role of the state»; en Mittelman, J.(ed); *Globalization: critical reflections*; Lynne Rienner; Boulder, CO. and London; pp. 83/113.

11741-754-Estado autonómico68 15/10/05 11:54 Página 754



PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. C. (2003); «El reordenamiento territorial de las políticas públicas en la república Argentina: propuestas, concreciones y perspectivas, miradas desde la crisis»; ponencia presentada al *VIII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*; Panamá; 28 al 31 de octubre; en *United Nations Online Network in Public Administration and Finance*, http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047123.pdf (acc. 27/12/04).

QUIROGA LAVIÉ, H. (1991); *Derecho constitucional latinoamericano*; Universidad Nacional Autónoma de México; México DF.

REMMER, K. and WIBBELS, E. (2000); «The subnational politics of economic adjustment. Provincial politics and fiscal performance in Argentina»; *Comparative Political Studies*; vol. 33; nº 4; may; pp. 419/451.

SABSAY, D. A. (1999); «El federalismo argentino. Reflexiones luego de la reforma constitucional»; en AGULLA, J. C. (comp.); *Ciencias sociales: presencia y continuidades*; Academia Nacional de Ciencias. Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología; Buenos Aires; pp. 425/438.

SCHOLTE, J.A. (1997 a); «The globalization of world politics»; en Baylis, J. and Smith, S. (eds.); *The globalization of world politics: an introduction to International Relations*; Oxford University Press; Oxford; pp. 13/30.

SCHOLTE, J. A. (1997 b); «Global capitalism and the state»; *International Affairs*; vol. 73; nº 3; july; pp. 427/452.

SCOTT, A. (1998); *Regions and the world economy. The coming shape of global production, competition, and political order*; Oxford University Press; Oxford.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 755

# EXPERIMENTACIÓN LEGISLATIVA DE LAS COLECTIVIDADES TERRITORIALES: A VUELTAS CON EL MODELO DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN FRANCIA

**Cristina Zoco Zabala**
*Profesora Asociada de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público*
*Universidad Pública de Navarra*

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente aprobación de la Ley Orgánica Francesa nº 2004-809 de 13 de agosto de 2004 relativa a las libertades y responsabilidades locales constituye la puesta en marcha de un proceso de formalización de la facultad de experimentación legislativa de las colectividades territoriales que se inició con ocasión de la revisión constitucional de 28 de marzo de 2003[1], y que ha culminado con la aprobación de la Ley Orgánica nº 704-2003 de 1 de agosto relativa a la experimentación de las colectividades territoriales. La regulación constitucional de la experimentación legislativa en el artículo 72.4 de la Norma Fundamental ha estado basada en la idea de un nuevo modelo de organización territorial que, sin perjuicio del respeto a los valores tradicionales de la República Francesa (indivisibilidad, soberanía nacional, democracia e igualdad) ofrezca garantías de una mayor eficacia en la gestión de los asuntos públicos. Se trata de que, previa habilitación legislativa, y en las condiciones prevista por la Ley, las colectividades territoriales puedan adaptar un dispositivo normativo a su especificidad territorial antes de que el legislador decida adoptarlo definitivamente. La finalidad estriba en evaluar las consecuencias de la adaptación reglamentaria de la Ley. Si la evaluación es positiva, entonces la experiencia puntual se convierte en permanente y se generaliza para todas ellas; si, *a contrario sensu*, los resultados de la evaluación son dudosos, entonces la experiencia se abandona. El artículo 72.4 de la nueva redacción constitucional[2], ha dado lugar a la regulación de las condiciones exigidas para el ejercicio de la facultad de experimentación mediante la aprobación de la Ley Orgánica nº 704-

[1] Aprobada mediante Ley Constitucional nº 2003-276 de 28 de marzo de 2003 relativa a la organización descentralizada de la República.

[2] El artículo 72.4 de la nueva redacción constitucional ha establecido que salvo en lo que concierne al ejercicio de una libertad pública o a un derecho constitucional garantizado, las colectividades territoriales están autorizadas para «derogar a título experimental y con un objeto y una duración limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que regulan sus respectivas competencias». De tal manera, se interpreta que dicho poder de derogación aparece rodeado de numerosas cautelas referentes a la limitación por Ley del objeto y duración de la derogación, a su aprobación mediante Ley Orgánica, a la mención expresa de tal derogación en la Ley, y a la imposibilidad de adaptar la disposición normativa en la medida en que no se respeten «las condiciones esenciales del ejercicio de una libertad pública o de un Derecho garantizado constitucionalmente».

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 756



2003 de 1 de agosto, y a través de la puesta en marcha de estas condiciones en la nueva Ley Orgánica nº 2004-809 que transfiere competencias a las colectividades territoriales.

Sin embargo, la facultad de experimentar ya había sido objeto de regulación con anterioridad a la revisión de la Constitución. Verdaderamente, las diferentes leyes habían mostrado su preocupación por adaptar la normativa a la necesidades esencialmente geográficas de las colectividades territoriales. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica nº 2002-276 de 27 de febrero relativa a la democracia de proximidad había regulado las condiciones para el ejercicio de la facultad de experimentación en materia de puertos marítimos y aeródromos (artículos 104 y 105). Del mismo modo, el 56 de la Ley Orgánica nº 2003-699 de 30 de julio relativa a la prevención de riesgos tecnológicos y naturales y a la reparación de daños y perjuicios había establecido las condiciones de la experimentación local en el ámbito público fluvial.

Por todo ello, la finalidad de este trabajo es doble: de un lado, hallar las razones por las que se ha querido formalizar las condiciones del ejercicio de la experimentación legislativa *otrora* regulada por disposiciones normativas diversas, y determinar en qué medida la facultad de experimentación concedida a las Colectividades Territoriales sobre determinadas competencias incide sobre la naturaleza del modelo de descentralización territorial en Francia; un modelo de organización territorial que desde postrimerías del S. XIX hasta principios del S. XX ha presentado una característica esencial: se trata de un modelo de descentralización *administrativa* por cuanto las colectividades territoriales carecen de potestad legislativa[3].

El segundo objetivo se relaciona con el anterior; se trata de analizar cuál ha sido la incidencia de la Ley Orgánica de Experimentación en la aprobación de la reciente Ley Orgánica nº 2004-809 de 13 de agosto relativa a las libertades y responsabilidades locales que pone en marcha la Ley de experimentación, por cuanto habilita a las colectividades territoriales para ejercer la experimentación en materias determinadas.

## II. LA LEY ORGÁNICA DE EXPERIMENTACIÓN Nº 2003-704 DE 1 DE AGOSTO: LEGALIDAD, IGUALDAD Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Verdaderamente, la regulación uniforme de las condiciones que deben reunir las Colectividades Territoriales para demandar la facultad de regular reglamentariamente ciertas competencias legislativas ha supuesto un intento de *armonización* de las condiciones necesarias para poder ejercer la facultad de experimentar que ya existían con anterioridad a la redacción del nuevo artículo 72.4 de la Constitución francesa (en adelante CF), y a su

[3] Este modelo de descentralización ha sufrido dos reformas sucesivas. En primer lugar, las leyes de descentralización de 1982-83 vinieron a perfeccionar de manera sensible este modelo tradicional de descentralización administrativa en Francia. En segundo lugar, la revisión constitucional mediante Ley Constitucional nº 2003-276 que introduce distintas novedades entre ellas la regulación mediante Ley Orgánica de la facultad de experimentación de las Colectividades Territoriales.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 757



posterior desarrollo mediante Ley Orgánica nº 2003-704 de 1 de agosto de 2003 relativa a la experimentación por las colectividades territoriales.

La Ley Orgánica de Experimentación[4] confirma lo que venía siendo la práctica habitual de la experimentación tiempo atrás: la autorización en todo caso *legislativa* para adaptar a título experimental las disposiciones legislativas relativas al ejercicio de sus competencias (artículo LO 1113-1)[5].

Sin embargo, la regulación de las condiciones de la experimentación había sido diversa en las distintas leyes que permitían experimentar sobre materias concretas, tanto en lo referente a los sujetos legitimados para establecer las condiciones de la facultad de experimentar, cuanto en lo que se refiere a la duración de la experimentación. En definitiva, se ha pretendido homogeneizar una práctica legislativa de la experimentación que si bien en algunos casos ha remitido a las condiciones previstas por la Ley reguladora la materia *ad casum* para la determinación de las condiciones y de la duración del ejercicio de la experimentación[6], en otros supuestos ha establecido que la sola convención entre el Estado y la colectividad territorial *determinada* que demande la facultad de experimentación determinará dichas condiciones al margen de las mayorías políticas democráticas[7]; incluso, paradójicamente, un mismo texto legislativo remite a una convención reguladora de la experimentación para unas materias, mientras que remite a las condiciones establecidas en la Ley respecto de otras competencias[8].

---

[4] La Ley Orgánica nº 2003-704 de 1 de agosto relativa a la experimentación de las colectividades territoriales, ha insertado un Capítulo III en el Título Único del libro primero de la primera parte del Código general de las colectividades territoriales bajo la denominación «experimentación» (artículos LO 1113-1 a 1113-7 y artículo 5111-5). Sobre la Ley Orgánica de experimentación véase VERPEAUX, M., «La Loi Organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales», *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, nº 20, 10 mai, Paris, 2004, pp. 655-663.

[5] Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el ejercicio de la experimentación en el tiempo que fije la Ley, y previa deliberación motivada de su asamblea deliberante, está sometido a la verificación del poder ejecutivo sobre el cumplimiento de las condiciones legales que deben reunir las colectividades (artículo LO 1113-2). Será deseable que dicha verificación no quede subordinada a la discrecionalidad del Gobierno, el cual debe limitarse a observar el cumplimiento de dichas condiciones por parte de las colectividades territoriales.

[6] Así por ejemplo, los artículos 104 y 105 de la LO nº 2002-276 de 27 de febrero relativa a la democracia de proximidad remiten a las condiciones previstas en el Código de puertos marítimos, y en el Código de la aviación civil, respectivamente, para el ejercicio de las competencias que le son transferidas temporalmente. Del mismo modo, el artículo 1 de la Ley nº 96-299 de 10 de abril de 1996 relativa a las experimentaciones en el ámbito de las tecnologías y de los servicios de la información permite la adaptación temporal de las disposiciones legislativas mencionadas en los artículos 2 a 5 en las condiciones previstas por la presente Ley.

[7] Cfr. Artículo 56 de la LO nº 2003-699 de 30 de julio relativa a la prevención de riesgos tecnológicos y naturales y a la reparación de daños y perjuicios que ha determinado la inserción del artículo 1.2 en el Código del ámbito público fluvial y de la navegación interior.

[8] En efecto, la remisión legislativa al marco legislativo para el ejercicio de la facultad de experimentación contenida en los artículos 104 y 105 de la LO nº 2002-276 de 27 de febrero de la democracia de proximidad contrasta con el artículo 111 del mismo texto legislativo que remite a una convención concluida entre el Estado y cada colectividad interesada para definir las modalidades de la experimentación (duración, alcance y compensación financiera de las cargas) en materia de monumentos y riquezas artísticas de Francia.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 758



Por tanto, la habilitación legislativa para definir las características y la naturaleza de las colectividades territoriales significa que la Ley no regula para una colectividad determinada, por cuanto remite *in abstracto* a las colectividades que pueden optar al ejercicio de la experimentación en garantía del principio de igualdad en el contenido de las normas, y de su fundamento: el establecimiento de diferencias objetivas y razonables entre las colectividades territoriales llamadas a experimentar por la Ley y las que no lo están. Será el Consejo Constitucional el que, en todo caso, deberá pronunciarse mediante decisión previa de inconstitucionalidad acerca de la vulneración del mandato de igualdad de las normas reguladoras de las condiciones necesarias para poder ejercer la facultad de experimentar en materias concretas; en definitiva, el Consejo Constitucional deberá determinar si la finalidad de la norma que establece el ejercicio de la experimentación es objetiva y razonable, fundamento del mandato de igualdad en el contenido de La Ley[9]. Por tanto, entiendo que la experimentación legislativa no supone una derogación de la Ley, cuanto una *adaptación* de las normas a la realidad social, en la medida en que el legislador unitario, necesariamente, condiciona el ejercicio de la facultad de experimentación de las colectividades territoriales para todo el territorio francés[10]. La determinación normativa de la naturaleza y de las características[11] que deben reunir las colectividades territoriales legitimadas para interponer dicha demanda, así como las condiciones para ejercitar la experimentación, supone armonizar, mediante Ley, los criterios para experimentar en *pro* del mandato de igualdad y de su fundamento: el establecimiento de diferencias objetivas y razonables que en todo caso garanticen el interés general[12].

---

[9] Cierto que durante los trabajos parlamentarios previos a la aprobación de la Ley de Reforma Constitucional, el Senado se cuestionó si una experimentación de este tipo podía plantear problemas constitucionales, puesto que, de una u otra manera, constituye una derogación del derecho existente que atenta contra el principio de igualdad, en la medida en que temporalmente, la aplicación del derecho es diferente en las distintas partes del territorio. (Informe de la Comisión legislativa del Senado nº 27 de 23 de octubre de 2002). Sin embargo, el Consejo Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de una Ley de experimentación en una materia determinada que es única para todo el territorio, y que debe ser respetada por todas las colectividades territoriales que demanden el ejercicio de la experimentación.

[10] Sin embargo, los artículos 72.4 del nuevo texto constitucional, LO 1113-1 de la nueva LO de experimentación definen la experimentación como una *derogación* temporal de las normas en materias determinadas.

[11] Estas características podrán comportar las colectividades territoriales que respondan a las situaciones particulares tales como las ciudades que pasen un umbral de población, los municipios de montaña, o las colectividades situadas sobre el litoral (cfr, Crouzatier-Durand, F., «L'expérimentation locale (loi organique du premier août 2003», *Revue Fraçaise de Droit Administratif*, nº 1, janvier-février, Paris, 2004.

[12] Es preciso hacer una breve aclaración sobre el significado de la expresión interés general. El interés general, en cuanto garantía de la salud, el abastecimiento, o la cultura, trata de hacer diferencia entre el interés público en el que los particulares no debe ocuparse, y los intereses privados a los que el poder público es normalmente ajeno. Pero este interés general se sitúa tanto en el ámbito de los intereses nacionales, como en el de los intereses de un territorio determinado (cfr. Deswarte, M.P., Atier-Durand, F., «L'intérêt general dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, *Revue Fraçaise de Droit Constitutionnel*, nº 13, Paris, 1993, pp. 27-33). Este significado determina que el legislador puede establecer diferencias por razón de las características de una o varias colectividades territoriales. Sobre el fundamento del mandato de igualdad fr. Faure, B., «Intégration de léxpérimentation au droit public français», *Melánges en l'honner du professeur Frank Moderne. Mouvement du Droit Public*, Dalloz, Paris, 2004, p. 175.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 759



Asimismo, entiendo que la facultad de experimentación garantiza una mayor *eficacia* de la norma en la aplicación de la misma conforme a la realidad social, más *no* la adecuación de la norma conforme a la *diversidad* de cada una de las colectividades territoriales que ya existía con anterioridad a la regulación de la Ley Orgánica de experimentación (nº 2003-704 de 1 de agosto). Ello no sólo porque la adaptación local de las competencias objeto de experimentación reafirma el poder reglamentario de cada una de las colectividades territoriales que ya existía con anterioridad, sino también porque este poder reglamentario *per natura* diverso, en cuanto determina la adaptación normativa propia de cada una de las colectividades territoriales, gestiona, en todo caso, conforme al marco establecido en la Ley. Por tanto, entiendo que la diferencia existente entre la fase anterior y la etapa posterior. A la regulación formal de la experimentación es meramente *cuantitativa*: el legislador decide, en todo caso, si habilita en mayor medida a las colectividades para gestionar en materias determinadas; el poder legislativo es el que determina *el quantum* de la tarea descentralizadora en *pro* de las colectividades territoriales, por cuanto es el órgano legitimado para condicionar en mayor o menor medida el poder reglamentario de las colectividades territoriales que ya existía con anterioridad a la formalización de la experimentación. Por ello, se entiende que la finalidad de la Ley Orgánica de Experimentación consiste en garantizar que, cuando se trate de ejercer la experimentación legislativa en un materia determinada, la capacidad reglamentaria de las colectividades territoriales se amplía en menoscabo del ámbito de actuación de la Ley.

Si bien la doctrina opina que la facultad de experimentación reconoce una cierta autonomía normativa local, por cuanto se trata de equilibrar los inevitables cambios alterando el ritmo temporal de las normas[13], conviene subrayar que la facultad de experimentación de las colectividades territoriales no varía la naturaleza del modelo de descentralización en Francia. La Constitución legitima al legislador para definir la transferencia de competencias entre el Estado y las colectividades territoriales, así como la repartición entre varias categorías de colectividades de sus atribuciones respectivas[14]. El artículo 72.3 de la Constitución Francesa establece que el poder reglamentario de las colectividades territoriales se ejerce en las condiciones previstas por la Ley. Asimismo, el artículo 34 de la Constitución Francesa otorga legitimidad al legislador para determinar los principios fundamenta-

---

[13] Cfr. NICOLAÏEFF, B., «Expérience de l'expérimentation», *Regards sur l'actualité*, nº 268, decembre, París (2002), p. 21; BAGHESTANI-PERREY, L., «Le pouvoir d'experimentation normative locale, une nouvelle conception partagée de la réalisation de l'intérêt general», *Petites Affiches*, 17 mars, nº 55, París, 2004, p. 6.

[14] Cfr. Decisiones del Consejo Constitucional nº 1990-274 DC de 23 de mayo de 1990, y nº 1991-290 DC de 9 de mayo de 1991. Sobre las diferencias entre las competencias propias de las colectividades territoriales y las de los Estados regionales y federales, véase «Reflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français», *L'actualité juridique. Droit administratif (AJDA*), nº 29, 6 septembre, París, 2004, pp. 1574-1576.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 760



les de libre administración de las colectividades territoriales. Por tanto, no existe, siquiera, un principio de libre reglamentación de las colectividades territoriales, en cuanto el poder reglamentario local se subordina a la Ley.

Por tanto, la aprobación de la Ley Orgánica de Experimentación se sitúa en la línea de lo previsto por la Constitución respecto a la transferencia legislativa de competencias: el legislador sigue estando legitimado para decidir sobre el *quantum* del poder reglamentario de las colectividades territoriales en la materia objeto de experimentación, como lo estaba antes de la aprobación de la Ley Orgánica nº 2003-704. De tal manera, que el ámbito de actuación de las colectividades territoriales será el que decida el legislador que regule la experimentación en una materia concreta, porque así se reafirma en el artículo 72.4 de la Norma Fundamental francesa después de la revisión constitucional de 28 de marzo de 2003. Ahora bien, la Ley Orgánica nº 2003-704 armoniza las condiciones generales para poder ejercer la experimentación en las materias de que se trate.

En consecuencia, la revisión de la Norma Fundamental en Francia sigue garantizando un modelo de organización territorial basado en la descentralización administrativa, cuyo objeto es garantizar la eficacia en la aplicación de las normas, mas no la descentralización política de las colectividades territoriales, que siguen teniendo potestad reglamentaria.

Asimismo, entiendo que no se garantiza la adaptación de las normas conforme a la diversidad de idiosincrasia de las colectividades territoriales, en la medida en que dicha adaptación temporal de una competencia de titularidad estatal deberá ser generalizada o derogada para *todas* las colectividades territoriales una vez haya finalizado el tiempo de la experimentación[15]. De este modo, las colectividades territoriales que hayan demostrado un alto grado de gestión administrativa verán menoscabada su autonomía reglamentaria si el legislador decide poner fin a la experimentación[16]. La imposibilidad legal de proyectar indefinidamente la experimentación a una *fracción* de colectividades territoriales que hayan demostrado un alto grado de gestión de las competencias objeto de experimentación limita la aplicación de las normas conforme a la di-

---

[15] El artículo LO 1113-6 establece que antes de la finalización del tiempo fijado para la experimentación, la Ley determinará según los casos, la prolongación o la modificación de las condiciones de la experimentación por un tiempo no superior a tres años, el abandono de la misma, o el mantenimiento y la generalización de las medidas tomadas a título experimental. Todo ello previo informe del gobierno sobre los efectos de las medidas tomadas por las colectividades territoriales durante el tiempo de vigencia de la experimentación (artículo LO 1113-5).

[16] Como señala Crouzatier-Durand, la experimentación tiene como objetivo la generalización, por lo que la limitación de su duración a 8 años constituye una excepción al principio según el cual al final de la experimentación la uniformidad se convierte en norma (Cfr. Crouzatier-Durand, F., «Experimentation locale (Loi organique du premier août 2003)», *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, janvier-février, Paris, 2004, p. 26. En este sentido, señala Faure, la experimentación permitirá, únicamente, economizar acerca de aquellas reformas vanas o inadaptadas que se habrán querido aplicar inmediatamente y definitivamente (Cfr. Faure, B., «Intégration de léxpérimentation au droit public français», *Melánges en l'honner du professeur Frank Moderne. Mouvement du Droit Public*, Dalloz, París, 2004, p. 166).

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 761



versidad local, y subordina la libre iniciativa en la gestión de las cuestiones locales a lo establecido por el legislador.

En definitiva, no existe una voluntad de adecuación de la norma a las diferencias de idiosincrasia de algunas colectividades territoriales, lo que confirma la permanencia de un modelo de organización territorial fuertemente centralizado. Como propone la Comisión legislativa del Senado en su informe nº 27 de octubre de 2002 la experimentación tan sólo constituye el instrumento que puede permitir avanzar con más seguridad y eficacia sobre la vía de las reformas de una sociedad marcada por la complejidad, en definitiva, sobre el camino de la indispensable *reforma del Estado*.

## III. LA NUEVA LEY Nº 2004-809 DE 13 DE AGOSTO RELATIVA A LAS LIBERTADES Y RESPONSABILIDADES LOCALES: EL EJERCICIO DEL PODER REGLAMENTARIO LOCAL EN EL MARCO DE LA LEY

La tesis mantenida hasta el momento sobre la existencia de experimentación legislativa con anterioridad a la su regulación formal, se proyecta en la nueva Ley de libertades y responsabilidades locales por cuanto resuelve sobre la eficacia de los procesos de experimentación incoados con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica nº 2003-704, al tiempo que pone en marcha nuevos procesos experimentadores en materias determinadas.

En primer lugar, generaliza el poder reglamentario para *todas* las colectividades territoriales que hayan participado en algunos procesos de experimentación incoados con anterioridad a la Ley nº 2003-704. De esta manera, el legislador transfiere indefinidamente competencias reglamentarias sobre materias determinadas, permitiendo la renuncia a dicha transferencia definitiva de la competencia por parte de la colectividad territorial que haya ejercitado la experimentación[17]. En definitiva, se habilita para que la colectividad territorial haga dejación voluntaria del ámbito de libre administración que el legislador ha dispuesto, más no para que una colectividad territorial continúe ejercitando indefinidamente una experimentación a la que el legislador decida poner término. Todo ello, reafirma el modelo de descentralización administrativa en Francia, en cuanto paradigma del Estado Unitario.

En segundo lugar, la Ley de libertades y responsabilidades locales pone en marcha nuevos procesos de experimentación sobre materias determinadas, y *en las condiciones* que establece la Ley Orgánica de Experimen-

[17] Así, por ejemplo, los artículos 28 y 30 de la Ley relativa a las libertades y responsabilidades locales no sólo instan a las colectividades territoriales a ejercitar la experimentación en materia de disposición, mantenimiento y gestión de puertos y aeródromos, de tal manera que se adhieran a aquellas otras colectividades territoriales que anteriormente demandaron el ejercicio de dichas competencias con ocasión de la habilitación contenida en los artículos 104 y 105 de la Ley Orgánica nº 2002-276 de 27 de febrero relativa a la democracia de proximidad; también se generaliza la transferencia definitiva de dichas competencias para aquellas colectividades territoriales que decidan seguir ejerciendo el mismo poder reglamentario que ha decidido el legislador hasta ese momento.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 762



tación. De tal manera, que la referencia a *naturaleza* de las Colectividades Territoriales que podrán demandar la experimentación exigida por la Ley Orgánica nº 2003-704 ha llevado a la nueva Ley nº 2004-809 a resolver el problema de la *concurrencia* de competencias entre las colectividades territoriales de una misma división territorial regional (municipios y departamentos o grupos de colectividades territoriales) que demanden el ejercicio de la experimentación, otorgando prioridad a la región[18].

La colectividad territorial *regional* confirma su puesto preponderante, en cuanto la Ley le otorga amplias competencias a diferencia del resto de las colectividades territoriales. El protagonismo de la región en el panorama de la experimentación normativa se conecta con la importancia creciente que los niveles regionales tienen en el ámbito de la integración europea[19]. Si bien la construcción europea sólo ha jugado un papel indirecto en el proceso de descentralización francesa (revisión constitucional de 28 de marzo de 2003), existen factores que han contribuido a realzar el protagonismo de las regiones; así, por ejemplo, la apertura de fronteras ha llevado a las colectividades territoriales a dirigirse a los nuevos interlocutores (colectividades de otros Estados, instituciones de Bruselas) en la medida en que el Estado, muchas veces carente de recursos económicos no tiene los medios para satisfacer sus necesidades. Así mismo, las colectividades tienen la posibilidad de enviar informes a la Unión Europea y a las otras colectividades europeas que quebrantan la idea única de los informes estatales[20]. En este contexto, el modelo de organización territorial excesivamente fragmentado ya superpone, de un lado, lo que la doctrina denomina el «tribunal de los grandes» en el cual progresan Europa, el Estado y la Región y, de otro, el grupo más familiar de administraciones locales de proximidad, a saber, el departamento, el establecimiento de cooperación intermunicipal, y el municipio[21].

La práctica de la experimentación persigue el objetivo de otorgar prioridad a la región otorgándole el ejercicio de dicha facultad en el ámbito comu-

---

[18] Tradicionalmente, la organización territorial francesa no reconocía la región como colectividad territorial. Francia se dividía en tres tipos de colectividades: el Estado, los departamentos y los municipios; departamentos y municipios eran circunscripciones desconcentradas de la persona jurídica Estado al tiempo que colectividades descentralizadas de la persona jurídica Estado. Con la aprobación de las leyes de descentralización de 1982-1983 se instituye un nuevo nivel de descentralización, la región, hasta entonces mera circunscripción administrativa de la persona jurídica Estado sin personalidad administrativa propia. Una primera evolución se produjo en 1972 tras el fracaso del General DE GAULLE de convertir la región en colectividad territorial en 1969. La Ley de 5 de julio de 1972 logra atribuir personalidad administrativa especial a las regiones, en cuanto meros entes públicos con atribuciones sólo limitadas al ámbito económico para la elaboración de estudios y propuestas, lo que les excluye de cualquier otra tarea de gestión o de administración.

[19] Cfr. PORTELLI, H., «Decentraliser en reformant la Constitution», *Commentaire*, nº 98, été, París, 2002, p. 323. La preeminencia de la región se regula en la Ley nº 2004-809. Así por ejemplo, el artículo 8 determina el protagonismo de la región en la definición y la puesta en marcha de la política regional de aprendizaje y de formación profesional de los jóvenes y los adultos en la búsqueda de un empleo o de una nueva orientación profesional. Del mismo modo, los artículos 11 y 12 establecen que la de la región deberá adoptar el plan regional de desarrollo y de la puesta en marcha de las formaciones profesionales.

[20] Cfr. PORTELLI, H., «Decentraliser en reformant la Constitution», *Commentaire*, nº 98, été, París, 2002, p. 326.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 763



nitario, o en materias determinadas[22], y concediéndole prioridad en caso de desacuerdo sobre la concertación de la candidatura por parte de las colectividades territoriales negociadoras en algunas materias[23]. Todo ello, sin perjuicio de que los departamentos y los municipios estén habilitados por Ley para experimentar en materias determinadas[24]. Ahora bien, la descentralización política en Francia supondría no sólo poner fin al sistema de soberanía legislativa, sino también a todas las unidades territoriales clásicas de gran tradición en Francia: los municipios y los departamentos[25].

De tal manera, la colectividad territorial regional se convierte en el *Chef de File* (jefe de fila) que la Constitución prohibía con anterioridad a la revisión constitucional de 28 de marzo de 2003. Significa que la Ley autoriza a una colectividad territorial o a uno de sus grupos para organizar las modalidades de su acción común cuando el ejercicio de una competencia necesite del concurso de varias colectividades El nuevo artículo 72.5 de la Constitución Francesa, si bien prohíbe el ejercicio de tutela de una colectividad sobre otra, habilita a una colectividad territorial o a un grupo de colectividades territoriales para convertirse en *Chef de File* con el fin de organizar modalidades de acción común. La colectividad «*Chef de File*» tenderá a disciplinar las múltiples iniciativas locales, evitará la dispersión de medios, y determinará su destino con el fin de aumentar la suerte de las políticas públicas locales.

La nueva Ley nº 2004-809 convierte a la región en el *Chef de File* indiscutible de las políticas públicas por cuanto confía a la región, bien la elaboración de un esquema regional de desarrollo económico después de haber realizado una concertación con los departamentos, los municipios y sus grupos (artículo 1.I.8), bien la función de autoridad de gestión y la de

---

[21] Cfr. PERRIN, B., «Decentralisation acte II. Le rideau se lève», *Revue administrative*, nº 329, París, 2002), p. 513. Así mismo, la doctrina subraya la situación privilegiada de la región a nivel europeo, dado que las colectividades territoriales infraregionales son extremadamente diversas, por lo que no presentan una homogeneneidad mínima; no ocurre lo mismo en el caso de las regiones, pese a que existan diferencias en los distintos países europeos (cfr. PONTIER, J.M., «Le rôle des collectivités territoriales dans la construction européenne», *Revue administrative*. nº 333, París, 2003, p. 277).

[22] En este sentido, el artículo 44 establece que el Estado podrá confiar a las regiones o a la colectividad territorial de Córcega, y en su defecto a otras colectividades territoriales la función de autoridad de gestión y de autoridad de pago de programas de la política de cohesion económica y social de la Comunidad Económica Europea para el período 2000-2006; así mismo, la region podrá ejercer la experimentación en materia de coordinación de las acciones de desarrollo económico mediante la elaboración de un esquema regional de desarrollo económico (artículo 1..I.8); también podrá ejercer la facultad de experimentar en materia de financiación y realización de equipamientos sanitarios (artículo 70), así como también con la finalidad de administrar los créditos presupuestarios afectados a la restauración de bienes muebles e inmuebles (artículo 99).

[23] Los artículos 28 y 30 establecen que las regiones podrán ejercer la experimentación en materia de aeródromos y puertos respectivamente siempre que no haya acuerdo sobre la candidatura a la que corresponde la facultad de experimentación.

[24] Así por ejemplo, el artículo 59 habilita a los departamentos para ejercer la experimentación en materia de medidas ordenadas por la autoridad judicial en aplicación de los artículos 375-1 a 375-8 del Código Civil; del mismo modo el artículo 74 señala que los municipios podrán ejercer a título experimental la responsabilidad de la política de resorción de la insalubridad en el hábitat.

[25] Cfr. DOAT, M., «Vers une conception a-centralisée de l'organisation de la France», *Revue du droit public*, nº 1, janvier-février, 2003, p. 115.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 764



autoridad de pago de programas de la política de cohesion económica y social de la Comunidad Económica Europea para el período 2000-2006 (artículo 44). En todo caso, será difícil cohonestar el principio de no tutela de una colectividad territorial sobre otra con la misión encomendada al Jefe de Fila que deberá imponer su propia visión del interés general, y dispondrá de un fuerte poder discrecional para aplicarlo[26].

Así mismo, la Ley de libertades y responsabilidades locales reafirma el modelo de descentralización administrativa en Francia, por cuanto pone en marcha el ejercicio de la experimentación en las *condiciones* establecidas por el legislador. De tal manera, que las colectividades territoriales deberán ejercer la experimentación en las *condiciones* establecidas en propia Ley nº 2004-809, o en el marco de la Ley reguladora de la materia que sea objeto de experimentación[27].

Por tanto, la nueva Ley de libertades y responsabilidades locales al tiempo que decide acerca de la eficacia de los procesos de experimentación incoados con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica nº 2003-704, pone en marcha nuevos procesos experimentadores en materias determinadas, concediendo un puesto relevante a las regiones, fundamentalmente en lo que se refiere a la política comunitaria, a la educación, y a los programas de cohesión económica y social. Todo ello confirma el buen resultado al que van llegando los procesos de experimentación lo que redunda en una mayor eficacia de la aplicación de las normas, más no en el ejercicio de competencias legislativas por parte de las colectividades territoriales.

Las recientes reformas legislativas sobre el ejercicio de la experimentación local, confirman un modelo de organización territorial en continuo devenir, pero, en todo caso un modelo de descentralización administrativa que garantiza una mayor eficacia de las normas, y, en definitiva, una mayor ámbito de actuación reglamentaria de las colectividades territoriales. El futuro decidirá si la complejidad social, económica y política del Estado Francés lleva consigo una verdadera reforma constitucional del modelo de organización territorial en Francia que, por el momento, no traspasa los límites de la autonomía reglamentaria de las colectividades territoriales en materia de experimentación.

---

[26] Cfr. JOYE, J.F., «La notion de 'Chef de File' en droit des collectivités locales», *Collectivités territoriales. Intercommunalité,* nº 7, Juillet, París, 2003, p. 15.

[27] Así, por ejemplo, los artículos 28 y 30 de la Ley nº 2004-809 al tiempo que resuelven sobre la eficacia de los procesos experimentadores en materia de aeródromos, determinan la posibilidad de otras colectividades territoriales de demandar la experimentación en estas materias, en las condiciones previstas por el Código de Aviación Civil y el Código de Puertos Marítimos. Así mismo, el artículo 59 de la Ley nº 2004-809 habilita a los departamentos para ejercer la experimentación para poner en marcha las medidas ordenadas por la autoridad judicial en aplicación de los artículos 375 a 375-8 del Código Civil.

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 765

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 766

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 767

11755-768-Estado autonómico69 15/10/05 11:59 Página 768